الاستشار ة كاجراء شكلي في القرار الإداري

دراسة مقارنة

(في النظام القانوني الأردني والمصري)

إعداد الطالب

عبدالرحمن عبدالكريم الهلالات

إشراف

الأستاذ الدكتور : خالد الزبيدي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الحقوق

الدراسات العليا

جامعة الإسراء الخاصة

2011-2010

صفحة لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة (الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري "وأجيز ت بتاريخ 1/8//2010.....................

أعضاء لجنة المناقشة	**التوقيع**
الدكتور خالد الزبيدي ،مشرفاً أستاذ القانون العام	....
الدكتور عادل العلي	....
الدكتور سليم بطارسه	....
الدكتور حمدي قبيلات	....

جامعة الإسراء الخاصة
التفويض

أنا عبد الرحمن عبد الكريم طالب الهلالات ، أفوض **جامعة الإسراء** بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها.

التوقيع:

التاريخ:

Isra Private University
Authorization

authorize Isra Private ، Abdel- rhman Abdel- kareem Talb Alhlalat،I University
to supply copies of my Thesis/ Dissertation to libraries or establishments or individuals on request.

Signature:
Date :

الفهرس

الإهداء

إلى من كان لي أبا وأخا ومعلما وصديقا

إلى التي غمرتني بدعائها

إلى إخوتي وأخواتي

إلى زملائي وزميلاتي

إليهم جميعا أهدي هذا العمل المتواضع

الشكر والتقدير

إن العمل البشري مهما كان نوعه ، ومهما اتصف بالدقة والشمولية ،لا يصل إلى درجة الكمال ، لأن الكمال لله عز وجل وحده .

إلا أن العمل قد يصل إلى درجة من الإتقان ، بإشراف أهل العلم والاختصاص ، لذلك فاني أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى مشرف هذه الرسالة أستاذي الفاضل الدكتور خالد الزبيدي لتفضله بالإشراف على هذا العمل ، وتقديم الرعاية والاهتمام والتوجيه ، فجزاه الله عني كل خير .

وأتقدم بالشكر العميق إلى أعضاء لجنة المناقشة ، ألأساتذة الأفاضل ، الذين تفضلوا بمناقشة هذه الرسالة ، . فلهم كل التقدير والاحترام . كما أتقدم بالشكر إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة في سبيل انجاز هذا البحث .

وختاما أرجو أن ينفعنا الله جميعا بهذا العمل المتواضع .

الباحث

الملخص

تعالج هذه الدراسة موضوع الاستشارة في القرار الاداري ، ونظرا لأهميتها ، وألأثر المترتب عليها في سلامة مشروعية القرار الاداري ، وضمانه مهمة لحريات وحقوق ألأفراد ، كان الهدف من هذه الدراسة بحث هذا الموضوع بشكل تفصيلي من جوانبه القانونية والفنية من خلال توضيحه في القانون ألأردني والمقارن ، مسترشدا بأحكام الفقه والقضاء ألإداريين .

لقد تم من خلال هذا البحث التعر ف ماهية وأهمية الاستشارة وبيان مدلولها وصورها المختلفة وتميزها عن غيرها من المفاهيم المتقاربة في المدلول والأحكام .

كذلك تم التعرف على ذاتية الرأي الاستشاري والطبيعة القانونية ومصادره وعناصر الاختصاص الاستشاري وتم بحث رقابة القضاء الاداري على صحة الراي الاستشاري من خلال مراجعة ومعالجة القواعد وألأحكام التي يتوجب ألأخذ بها من أجل صدور رأي استشاري صحيح وسليم فنيا وقانونيا . وتوصلت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات المهمة في مجال البحث .

المقدمة :

تعد الاستشاق بما لها من مزايا إجراء ً شكلياً بالغ الأهمية في القرار الإداري، وهي تخضع إلى العديد من القواعد والأحكام، ورغبة في بحث أحكامها تفصيلاً وبيان موقف القضاء والفقه الإداريين منها فقد تم اختيارها لتكون موضوع البحث.

فالقرارات الإدارية تعد من أهم الوسائل القانونية التي تستخدمها الإدارة العامة للنهوض بوظائفها وتحقيق أهدافها ،فضلاًعن كونها امتيازا ً مهماً جداً من امتيازات السلطة التي تتمتع بها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة ، والاستشارة بما لها من مزايا تساعد رجل الإر ة على إصدار قرار إداري سليم وملائم ويرقى إلى درجة عالية من الصحة والصواب ، فهي تزود رجل الإدارة – مصدر القرار– بالرأي السديد المحايد المستندلى خبر ة علمية وفنية متخصصة –سيما و أن إصدار بعض القرارات يتطلب درجة عالية من التخصص في موضوعها وقد لا تتوافر هذه المهارات في رجل الإر ة – مصدر القرار – كما أنها تساعد الإر ة على حل ما تواجهه من مشكلات وصعوبات فنية لتمكينها من الوصول إلى إصدار القرار المناسب والسليم ، وهي كذلك تعد وسيلة من وسائل توسيع قاعدة المشاركة في العمل الإاري و أداة من أدوات الإدارة المنفتحة . إضافة إلى كونها ضمانة مهمة وضرورية من ضمانات حقوق وحريات الأفراد .

لقد تزايدتهأمية الاستشار ة مع ما يشهده هذا العصر من توسع لدور الدولة واتساع لنطاق تدخلها وما يتسم به من تطورات علمية وتقنية هائلة كان لها الأثر البالغ على الإر ة

من جهات عديدة تجسدت في أجلى صورة بظهور الحكومات الإلكترونية التي أنشئت في العديد من الدول بينما تسعى دول أخرى ومنها الأردن سعياً جدياً نحو تأسيسها.

ولا تقتصر أهمية الاستشارة على الإدارة العامة فحسب بل إنها تمتد لتشمل شتى المجالات عامة كانت أم خاصة أم فردية وعلى الصعيدين الداخلي والدولي ، ولا أدل على ذلك من تعيين مستشارين خاصين لرأس الدولة في العديد من الدول لإبداء الرأي في شتى المواضيع والمجالات ، وكذلك تعيين المستشارين في المنظمات والهيئات الدولية ، لكننا في بحثنا هذا سوف نقتصر على دراسة الاستشارة بوصفها إجراءً من الإجراءات الشكلية في القرار الإداري في ضوء ما يراه فقهاء القانون الإداري وما أصدرته المحاكم الإدارية من أحكام .

أهمية الدراسة :

تتمتع الاستشارة بالعديد من المميزات التي رجحتها – في نظر الباحث – على الكثيرمن المواضيع لتكون محلاً للبحث ، وذلك لأنها تعد وسيلة من الوسائل المهمة لإصدار قرارات سليمة وصحيحة من قبل الإدارة العامة ، فهي تسهم في إصدار قرارات قد درست علمياً وفنياً قبل إصدارها مما يقلل إلى حد كبير من احتمالات إلغائها إدارياً أو قضائياً ، أو سحبها .

كما تبدو أهمية الاستشارة في إسهامها إسهاماً فاعلاً في تعزيز ضمانات حقوق وحريات الأفراد ، كون القرارات الإدارية التي تصدر بناءً على استشارات أهل العلم والخبرة

غالباً ما تصدر في تجرد وحيادية ودونما تعسف وبالتالي يساهم ذلك في ضبط نشاط الإدارة وحماية حقوق وحريات الأفراد .

كذلك فإن التوسع بالأخذ بالاستشارة في مجال إصدار القرارات الإدارية يؤدي إلى توسيع قاعدة المشاركة والاختصاص في إصدارها مما يعود بالنفع والفائدة على حسن سير إدارة المرفق العام وبالتالي يكون في ذلك الفائدة الأعم والأهم للمخاطب بالقرار الإداري .

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في الطبيعة القانونية للرأي الاستشاري والاجابة عن مجموعة من التساؤلات من اهمها هل ان الاخذ بالرأي الاستشاري يؤدي فعلا الى التوصل الى قرارات سليمة من الناحية العلمية والعملية ، وان ذلك من شانه ان يؤدي الى التوسع والمشاركة في اختصاص مصدر القرار الاداري ، والرقي بعمل الادارة من جهة وضمانة لحقوق وحريات الافراد من جهة اخرى .

لقد جاءت هذه الدراسة لتجيب وبشكل مستفيض عن هذه التساؤلات ولبيان اهمية الرأي الاستشاري في العمل الاداري بشكل عام وفي القرار الاداري بشكل خاص ، وعند البحث في المكتبة العربية وجدت أن هنالك الكثير من الدراسات التي تناولت الاستشارة بالبحث والتحليل من النواحي الإدارية والفنية البحتة ولكن لم يحظ الجانب القانوني بذلك الاهتمام،إذ لم تزل المؤلفات المتخصصة التي تبحث دورالاستشارة في إصدار القرارات الإدارية من الناحية القانونية نادرة ، لذلك كان لا بد لنا من التصدي لهذا الموضوع وبحثه بحثاً تفصيلياً . وسننهج في ذلك أسلوب الدراسة المقارنة بين النظام القانوني الأردني

والمصري ، كما سنستعين بموقف التشريعات وآراء الفقه والقضاء في الدول الأخرى إذا وجدنا أن لتلك المقارنة أهمية من الناحية العلمية.

خطة البحث :

تم تقسيم هذا الموضوع إلى ثلاثة فصول ، بعد المقدمة جاء عنوان الفصل الأول ماهية الاستشار ة وسيتم تقسيمه إلى مبحثين وستة مطالب؛ بحيث جاء المبحث الأول بعنوان مفهوم الاستشار ة وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب في الأول منها تم بحث تعريف الاستشار ة و أهميتها وفي الثاني تم تمييز الاستشار ة عن غيرها من المفاهيم مثل التنسيب والتوصيات ، وفي الثالث تم بحث إجراءات الاستشار ة في حين تناول المبحث الثاني صور الاستشار ة وجاءت المطالب الثلاثة بصورها الثلاث وهي الاستشار ة الاختيارية والاستشار ة الإلزامية والاستشار ة الإجبارية مع الالتزام بالرأي الاستشاري . ثم جاء الفصل الثاني لبحث موضوع ذاتية الرأي الاستشاري وسيتم تقسيمه إلى مبحثين ؛ المبحث الأول تناول موضوع الطبيعة القانونية للرأي الاستشاري ثم جاء المبحث الثاني للبحث في موضوع عناصر الاختصاص الاستشاري ومصادره ، وتم تقسيمه إلى مطلبين سيتم بحث مصادر الاختصاص الاستشاري في المطلب الأول وعناصره في المطلب الثاني . ثم جاء الفصل الثالث ليعالج موضوع رقابة القضاء الإداري على صحة الرأي الاستشاري وسيتم تقسيمه إلى مبحثين ، تم تناول موضوع قواعد صحة الرأي الاستشاري في المبحث الأول وفي المبحث الثاني عالجنا رقابة القضاء

الإداري على الجوانب الشكليةوالموضوعية للاستشار ة ، ثم أتبعنا البحث بخاتمة وجملة من النتائج والتوصيات.

الفصل الأول: ماهية الاستشارة

إن بيان ماهية الاستشارة كإجراء شكلي في القرارات الإدارية، يقتضي أن يعرض الباحث أولاً إلى تعريفها وبيان مدلولها وأهميتها في مبحث أول، ومن ثم دراسة صورها وأنواعها في مبحث ثانٍ .

المبحث الأول

مفهوم الاستشارة وتمييز ها عن غيرها من المفاهيم

سيتم تقسيم هذا المبحث لأغراض هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب، بحيث سيتناول الباحث تعريف الاستشارة في المطلب الأول وتمييزها عن غيرها من المفاهيم في المطلب الثاني،وأطراف الاستشارة في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف الاستشارة وأهميتها

تعتبر الاستشارة من أهم العمليات الحيوية في مجال الإدارة ، لأن الاستشارة تساعد كل مصدر قرار على الاستعانة بآراء أهل الخبرة والممارسة ، والاستفادة من مهارات أصحاب المعرفة الفنية[1] ، فالإدار ة بحاجه دائماً إلى المشور ة فقد عرف الناس منذ القدم استشارة الطبيب و استشارة رجال الدين والحكماء ، هذا وقد تزايدت الحاجة إلى الاستشارات في مجال الإدارة العامة لتطور وتنامي المعرفة الإنسانية وبالتالي تطور وتعقد مجالات التخصص ، والتخصص الدقيق إلى الحد الذي أصبح من المتعذر معه على رجل الإدارة أن يحيط بها جميعاً و أن يتقن جوانبها المختلفة فتزايدت حاجته بذلك إلى استشارة المختصين ، كما أن هنالك حاجة للإدارة من وقت لآخر لاستشارة متخصصين في مجال معين ممن لا يكون من المجدي اقتصادياً تعيينهم ضمن كوادرها فيكون من المنطقي اللجوء إلى استشار تهم في هذا المجال عند الحاجة لهم[2].

كما أن اللجوء إلى الاستشار ة يوفر ظروفاً أفضل لاستقلال الرأي وحياده بالمقارنة بما قد يتعرض له رجل الإدارة من التأثر باعتبارات عدة، ومن ثم فإن من شأن ذلك حماية مصالح وحقوق الأفراد بوصفها ضمانة من الضمانات المهمة لحماية هذه الحقوق.

لقد تزايدت أهمية الاستشارةتزايداً مضطرداً لما شهده العصر الحاضر من تطورات علمية وتقنية واتساع دور الإدارة في إصدار القرارات وما رافق ذلك من ظهور الحكومات

1- د . عمار بوحوش - الاتجاه الحديث للاستشارات - منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية - ط 1981 - ص7.

2 - أ.د . صديق محمد عفيفي – المستشار الإداري معايير التأهيل والاعتماد – منشورات المنظمة العربية للتنميه الادارية– ط 1981 – ص7.

الإلكترونية في العديد من دول العالم [1]، والاستشارة تشكل عصباً حيوياً ودرعاً قوياً واقياً للقرار الإداري ، فكلما راعت الإدارة في إصدار قراراتها استشارة أهل الخبرة والاختصاص في موضوع هذه القرارات كان لذلك الأثر الأقوى في إصدار قرار إداري صحيح وسليم وملائم ، وهذا يرتب بالضرورة ضمانة مهمة لحقوق وحريات الأفراد. كما أن لذلك أهمية كبيرة في تخفيف العبء الواقع على القضاء الإداري وذلك لأن القرارات متى ما صدرت صحيحة ومقنعة فإن الفرص تقل للطعن فيها أمام القضاء الإداري ، كما أن الاتساع في الأخذ بالاستشارة يعد وسيلة من وسائل توسيع قاعدة المشاركة في العمل الإداري .[2]

فإذا كانت الاستشارة بهذه الأهمية للقرارات الإدارية فماذا يقصد بها إذن ؟

الاستشارة لغة مشتقة من الفعل أشار فيقال استشار فلان ، أي شاوره في الأمر ، و أشار عليه يعني نصحه . أما المشورة فأصلها شور ، أي طلب منه المشورة ، واشتور القوم ،شاور بعضهم بعضاً ، والمشورة ما ينصح به من رأي غيره[3] .

في حين اختلفت وجهات النظر الفقهية في بيان مدلول الاستشارة بحسب الجهة التي تبحث فيها .

فعلماء الإدارة يعرفونها بأنها خدمة قدمها فرد أو أفراد لهم استقلالهم ، وهم مؤهلون لتحديد وبحث المستقلات الإدارية الخاصة بالسياسات والتنظيم والإجراءات والطرق ، ثم اقتراح توصيات عملية مناسبة لحلها وتقديم المساعدة لتنفيذها .[4] وتعرفها جمعية مهندسي

---

[1] - د. خالد الزبيدي - الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا – دراسة مقارنة – بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون تصدر عن الجامعة الأردنية – مجلد 35- العدد الثاني 2008 – ص345.

[2] - خالد الزبيدي –مرجع سابق – ص345.

[3] - انظر في معنى الاستشارة – معاجم اللغة العربية – الوسيط – ج1 – ص501 ، الرائد – ص109 ، المنجد – ص408.

[4]- هذا هو تعريف مؤسسة المستشارين البريطانية وارد في د. نجيب اسكندر إبراهيم – الاستشارة الإدارية في المجتمع العربي منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية – لسنة 1985– ص15 .

الاستشارات الإدارية الأمريكية_ وهي أول جمعية متخصصة في مجال الاستشارات الإدارية في أمريكا تأسست عام 1933 _ بأنها محاولة منظمة بواسطة أشخاص مدربين وذوي خبرة لمساعدة الإدارة في مشاكلها ، وتحسين عملياتها بواسطة تطبيق حلول موضوعية ، وتركز على معلومات متخصصة ، ومهارات ، وتحليل منظم للحقائق.[1]

وقد وضع الفقه القانوني للاستشارة عدة تعريفات نعرض لأهمها ، فقد عرفها رأي بأنها إجراء تأخذ الإدارة بمقتضاه رأي الأفراد عند إعداد قراراتها[2] ،وقد انتقد هذا التعريف بأنه قصر الاستشارة على أخذ رأي الأفراد في حين أن هذا الإجراء قد يكون بأخذ رأي الأفراد أو استطلاع رأي مجلس أو هيئة أو لجنة [3] . وثمة من يعرفها بأنها تعبير عن رأي فردي أو جماعي يصدر في مسألة معينة بناء على عرض من السلطة المختصة بمقتضى نص أو دونه، وذلك قبل صدور القرار الإداري بهدف استطلاع رأي هذا الفرد أو تلك الجماعة في تلك المسألة [4] . ويرى الباحث أنه يمكن تعريف الاستشارة بأنها لإجراء يتم قبل صدور القرار وذلك باستطلاع آراء الأفراد أو اللجان أو المجالس أو الهيئات المختصة بموضوع القرار سواء كان ذلك بموجب نص ملزم للإدارة من عدمه .

المطلب الثاني تمييز الاستشار ة عن غيرها من المفاهيم(التنسيب والتفسير والفتاوى)

لقد أوضحنا في ما سبق المقصود بالاستشارة ولكن هنالك عدداً من المفاهيم قد تلتقي مع الاستشارة في العديد من النقاط وتختلف معها في أمور أخرى فإذا كان مضمون

---

[1] - محمد شاكر عصفور –أسس الاستشارة الإدارية – الناشر غير مذكور – ط1981 ص 14.
[2] - هذا تعريف الفقيه سوريال ذكره الدايدموني مصطفى أحمد – الإجراءات والأشكال في القرار الإداري – دراسة مقارنة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – القاهرة – 1992 – ص50-52 .
[3] - د. خالد الزبيدي- مرجع سابق –ص346.
3- الدايدموني مصطفى أحمد – مرجع سابق – ص50-52.

الاستشارة هو بيان الرأي وإسداء النصح فإن مصطلحات أخرى كالفتوى والتفسير يراد بها المضمون نفسه إلا أن هذا التشابه في المضمون لا يعني حلول أي من المفاهيم المشار إليها محل الاستشارة وفيما يلي تمييز لمفهوم الاستشارة عن عدد من المفاهيم الأخرى .

أولاً : الاستشارة والتنسيب

التنسيب أو الاقتراح كما يرى جانب من الفقه[1] هو رأي يرفع من جانب الجهة الاستشارية إلى السلطة المختصة لإصدار قرار في أمر يدخل في اختصاصها وهو تعاون من جانب الجهة الاستشارية في تكوين العمل القانوني .

كما يعرفه رأي آخر بأنه إبداء الرأي من الناحية الإدارية أو الفنية أو القانونية في موضوع معين قبل اتخاذ قرار فيه وتقديم المعلومات والبيانات اللازمة لمتخذ القرار قبل اتخاذه قراره [2] ، ويعرفه آخر بأنه تعبير سلطة إدارية معينة عن إرادتها لإخضاع مسألة معينة للبحث والتداول من سلطة إدارية أخرى.[3]

ويرى الباحث أن هنالك قصوراً في هذه التعريفات من حيث إن هنالك أموراً جوهرية يجب الإشارة إليها وهي أن التنسيب هو غالباً ما يكون بموجب النص التشريعي على اختلاف درجته كما أنه لا يكون إلا من جهة إدارية وهو يستتبع بالضرورة التسلسل الإداري بحيث يكون غالباً في حركة تصاعدية تتمثل بتقديمه من الجهة الإدارية الأدنى إلى الجهة الإدارية الأعلى وغالباً ما يتم ذلك في إدارات تتبع هيكلاً تنظيمياً واحداً . ولكن القول بمثل

[1] - وهو تعريف كل من "la ferriere " و" hostiou " ذكره الدايدموني ، مصطفى – مرجع سابق – هامش ص15 ، وانظر أيضاً محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – دار الفكر العربي – القاهرة – 1990– ص246.

[2] - د . نواف كنعان – القضاء الإداري – ط2006 - دار الثقافة للنشر والتوزيع – الأردن – ص281 .

[3] - د . علي خطار شطناوي — موسوعة القضاء الإداري– ص773.

هذا لا يمنع مطلقاً بأن يكون هنالك تنسيب في بعض الحالات بين جهات إدارية من ذات المستوى الوظيفي كأن يصدر قرار من وز ير الداخليةبناء ً على تنسيب من وزير الصحة.

وإذا كان التنسيب يتشابه مع الاستشارة في بعض الأمور – ومن ذلك أن كليهما يتشاركان بأنهما من باب التوسع في قاعدة المشاركة في إعداد واتخاذ القرار الإداري ، و أنهما قد يكونان ملزمين بنص القانون أو اختياريين – فإن ذلك لا يعني بالضرورة عدم وجود اختلافات بينهما ، تتمثل في أن التنسيب لا يكون إلا من جهة إدارية في حين أن الاستشارة يمكن أن تكون من جهة إدارية أو من خارج الإدار ة ، كذلك فإن الاستشار ة لا تستتبع بالضرورة التسلسل الإداري بخلاف التنسيب ، كما أن الاستشارة تطلب غالباً من الجهة المختصة بإصدار القرار في حين أن التنسيب يقدم إلى الجهة المختصة دون أن تطلب هي ذلك وبحكم القانون كإجراء لا بد منه ولا يعني ذلك أن الإدارة ملزمة بما جاء في التنسيب فلها أن تأخذ به ولها أن تمتنع عن إصدار القرار أصلاً [1] .

هذا ويزخر التشريع الأردني بالعديد من النصوص المتعلقة بالتنسيب ونذكر في هذا المجال على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 30 / ز من قانون جامعة آل البيت رقم 17 لسنة 1997 على أنه ينسب مجلس الكلية أو المعهد إلى مجلس الجامعة لمنح الدرجات العلمية والشهادات وما جاء في المادة 7/ب /1 من قانون حماية البيئة رقم 52 لسنة 2006 التي نصت على أن للوزير بناء على تنسيب الأمين العام إنذار المنشأة أو المحل المخالف أو أي جهة أخرى وتحديد مدة لإزالة المخالفة .

---

[1]- د.خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص346.

ومن تطبيقات محكمة العدل العليا في هذا الشأن ما قضت به في قرارها رقم 215 / 91 بأن المادتين 19 و 37 من قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم 24 لسنة 1973 قد أناطتا بوزير الداخلية سلطة رفض أو إبعاد الأجنبي عن البلاد بناءً على تنسيب مدير الأمن العام بإبعاده وعليه فإن القرار الصادر عن وزير الداخلية المتضمن إبعاد المستدعي عن البلاد دون تنسيب من مدير الأمن العام حقيق بالإلغاء.[1]

وقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا على عدم مشروعية القرارات الإدارية الصادرة دون تنسيب مسبق إذا أوجب القانون صدورها بناءً على تنسيب فقد قضت ((وحيث إنه فرض المشرع على الإدارة قبل إصدار قرار معين القيام بإجراءات تمهيدية فيتعين على الإدارة إتمامها قبل إصدار القرار وإن هي أغفلتها عد قرارها باطلاً وحقيقاً بالإلغاء بناءً عليه يكون الوزير قد خالف القانون بإصداره القرار المشكو منه دون تنسيب وبدون الاستئناس برأي الاتحاد المختص وبدون أن يبلغه عن عزمه على حل النادي قبل حله بشهر))[2]. وقد أوضحت محكمة العدل العليا الحكمة من وجود التنسيب المسبق ((وهو إيجاد جهة أخرى بجانب صاحب الاختصاص الأصيل ليستعين برأيها ومشورتها في الوصول إلى قرار يحقق الصالح العام ويضمن سلامة تطبيق القانون فلا يجوز لرئيس الوزراء أن يتخذ قراراً في الموضوع قبل أن يقدم وزير المالية تنسيباً في هذا الشأن فلا فارق في ذلك بين أن يكون هذا التنسيب ملزماً أو غير ملزم لأن هذا التنسيب أمر جوهري يترتب على إغفاله إهدار الضمانات التي كفلها القانون من إيجاد سلطة بجانب رئيس الوزراء

[1] - د . نعمان الخطيب – مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمةالعدل العليا في خمسة وعشرين عاماً 1972 – 1997 – ط1 – 2001 – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان –ص288.

[2] - عدل عليا – قرار رقم 172 / 1984 – منشورات مركز عدالة.

ليستعين برأيها ومشورتها في الوصول إلى قرار يحقق الصالح العام ويضمن سلامة تطبيقه القانوني))[1]. كذلك فإن محكمة العدل تقرر أن هذه الشكلية الإجرائية يجب استيفاؤها قبل إصدار القرار الإداري بصرف النظر عن إلزامية التنسيب من عدمه ، فقد قضت ((إن وزير الداخلية قد أصدر قراره المشكو منه دون تنسيب فيكون قد خالف القانون إذ إنه إذا فرض المشرع على الإدارة قبل إصدار قرار معين استشارة فرد أو هيئة من الهيئات يتعين عليها القيام بهذه الشكلية قبل إصدار القرار حتى لو أن الرأي في ذاته غير ملزم للإدارة وأن إغفاله إهدار لضمانات كفلها القانون من إيجاد رأي ليستعين به كضمانة من الضمانات التي قررها المشرع لصالح الأفراد وينبني على ذلك بطلان القرار الإداري الذي لم يراع ما ذكر))[2]. كما أن المحكمة ذاتها تشترط أن يكون التنسيب قانونياً ومستوفياً لجميع الشكليات القانونية خصوصاً إذا كان التنسيب مقدماً من مجلس أو هيئة ، فقد قضت ((توجب المادة 78 / أ من نظام موظفي مؤسسة عالية رقم 71 لسنة 1979 أن يصدر قرار تسريح الموظف بقرار من مجلس الإدارة بناءً على تنسيب من لجنة شؤون الموظفين ، ويجب أن يتم قرار التسريح في اجتماع لمجلس الإدارة بعد مناقشة وتمحيص لأن المبادئ المقررة فقهاً وقضاءً في تشكيل المجالس أن تنظر فيما أنيط بها في اجتماع يدعى إليه في وقت مناسب وأن تكون قراراتها وليدة بحث وتمحيص في جلسة يتكامل بها نصاب الاجتماع القانوني إذ تتوقف سلامة القرار الإداري من الناحية الشكلية على إتباع اللجنة أو المجلس للقواعد التي تحكم سيرها كما يجب إتباع الإجراءات القانونية عند المداولة وأن تكون الوقائع محددة وصحيحة

[1] - عدل عليا – قرار رقم 1956/44 – منشورات مركز عدالة.
[2] - عدل عليا – 9 / 82 – نعمان الخطيب - مرجع سابق – ص288.

مستقاة من أصول ثابتة مؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها و أن يكون الباعث على إصدار القرار ابتغاء المصلحة العامة ، وذلك لأن القانون أوجب على الإدارة أن تلتزم بالقواعد الشكلية والإجرائية التي تطلبها على أساس أن الشارع استهدف من النص على هذه القواعد حسن سير المرافق العامة من جانب ومصالح الأفراد من جانب آخر وبناءً على ذلك فيكون القرار الموقع من رئيس مجلس الإدارة المتضمن أن مجلس الإدارة قرر تسريح المستدعي عملاً بأحكام المادة 78/أ من نظام موظفي المؤسسة ولم يتبين صدور هذا القرار في اجتماع لمجلس الإدارة مخالفاً للقانون))[1]. كما أنه يتوجب تقديم التنسيب قبل إصدار القرار حتى لو أصبحت الجهة المختصة بتقديم التنسيب هي الجهة المختصة باتخاذ القرار فتقول محكمة العدل العليا في هذا الشأن ((وحيث إن هذا الحكم واجب التطبيق والمراعاة وطالما أنه إذا نص المشرع على كيفية معينة لنقل الموظف فلا بد من الأخذ بها وعدم إغفالها وحيث إن الأوراق خلت من هذا التنسيب فإن ذلك يشكل عيباً في صدور القرار الإداري ، أما القول بأنه لا يعقل أن ينسب الأمين لنفسه طالما أنه مارس صلاحيات الوزير بموجب تفويض فإن هذا القول غير سديد لاعتبارات أهمها أن حكمة النص تكمن في مراعاة المشرع لمقتضيات المصلحة العامة ومصلحة الموظفين أنفسهم و أن إعمال النص أولى من إهماله و أن الأمين العام عندما يصدر التنسيب بالنقل إنما يصدر عنه بصفته أميناً عاماً فقط ويكون موجهاً لمعالي الوزير الذي قد يأخذ بهذا التنسيب أو لا يأخذ وهي صفة تختلف عن صفته كونه مفوضاً عن الوزير))[2] كما أنها أوجبت أن يكون التنسيب معللاً أو مسبباً متى

[1] - عدل عليا – 55/ 88 – نعمان الخطيب - مرجع سابق – ص445.
[2] - عدل عليا 1985/5/28 ذكره د. علي خطار شطناوي – الموسوعة – مرجع سابق - هامش ص776 .

ما تطلب القانون ذلك صراحة وعليه يعد القرار الصادر معيباً إذا ابتني على مثل هذا التنسيب فقد قضت بأنه ((يفهم من هذا النص أن المشرع اشترط أن يبين معالي الوزير الأسباب التي يستند إليها في طلب التنسيب حتى لا يكون الموظف المنسب به عرضة لأهواء الوزير وحتى يطّلع مجلس الوزراء على حقيقة وضع هذا الموظف وهل من المصلحة إبقاء هذا الموظف بالخدمة ، أم أن المصلحة تقتضي إحالته إلى الاستيداع ؟ ومن الرجوع إلى تنسيب معالي الوزير نجد أنه جاء خالياً من بيان الأسباب كما اشترط النص وحيث إن كتاب التنسيب صدر بتاريخ لاحق لسريان النص المعدل للنظام الذي اشترط في التنسيب أن يكون مسبباً فيكون قرار التنسيب قد صدر مخالفاً لنص النظام ويعتبر باطلاً ويكون قرار مجلس الوزراء الذي صدر بناء على تنسيب غير مسبب يتوجب الإلغاء))[1].

يلاحظ الباحث من خلال هذه الأحكام التي تم العرض لها أن التنسيب يتلاقى مع الرأي الاستشاري في كثير من الأحكام على الرغم أن ذلك لا يمنع مطلقاً من وجود الفروق ما بين المصطلحين كما بينا فيما سبق ذكره .

[1] - عدل عليا – قرار رقم 381 /1998 – منشورات مركز عدالة .

ثانياً : التفسير والفتاوى

رأينا أن مضمون الاستشارة هو بيان الرأي وإسداء النصح وهذا المضمون يتأتى في مصطلحات أخرى كالفتوى والتفسير إلا أن هذا التشابه في المضمون لا يعني حلول أي من المفاهيم المشار إليها محل الاستشارة فلكل من هذه المفاهيم الخصائص التي تميزها عن غيرها وفيما يلي بيان ذلك .

أ- الفتاوى:

الفتوى لغة [1] مشتقة من الفعل (أفتى) وتعني كلمة (أفتى) أحدث حكماً ، ومن ناحية أخرى فإن الفتوى هي بيان المشكل من الأحكام ، والفتوى ما أفتى به العالم وأجاب عنه من المسائل الشرعية أو نحوها . ويشترط في الفتوى بصفة عامة أن تتوافر لدى المفتي كفاءة الإفتاء ثقافياً وخلقياً إضافة إلى الأهلية وكذلك يشترط في المفتي أن يكون ذا معرفة بالأحكام الشرعية متمكناً من أصول الشريعة حتى يستطيع مواجهة الوقائع الجديدة وبذلك لا يجوز للجاهل ممارسة الإفتاء [2] ،ويقول الله عز وجل في محكم تنزيله (ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن). [3]

وعليه يتضح أن الاستشارة والفتوى يلتقيان في أنهما طلب رأي من فرد أو مجلس أو هيئة أو أي جهة متخصصة ويفترض أن يكون المفتي أو " المستشار " على قدر كبير من العلم والمعرفة والكفاءة والخبرة . ولكن يظهر الخلاف في أن الفتوى وإن كانت استشارة

---

[1] - ابن منظور – لسان العرب المحيط – المجلد الثاني – ص 1051.
[2] - محمد حبيب الثقافي –النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية –المغرب – 1985- ص 153 .
[3] - سورة النساء : آية 127.

ولكنها تأخذ طابع الإلزام في الغالب إلا أن الاستشارة قد تكون إلزامية أو غير إلزامية بحسب النصوص الناظمة لها ومثال ذلك ما أورده المشرع المصري في المادة 58 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 وتعديلاته حيث إنها أشارت أنه يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرئاسة الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة ويرأس كل إدارة منها مستشار أو مستشار مساعد ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس . وتختص الإدارات المذكور ة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة في الفقر ة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية ولا يجوز لأية وزار ة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز عقداً أو صلحاً أو تحكيماً أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدار ة المختصة .

كذلك فإن الفتوى تطلق على بيان الحكم الشرعي من قبل العلماء والمتخصصين في الشريعة الإسلامية ، إلا أن مصطلح الفتوى أصبح يستعمل في مجال القانون[1] بمعنى الاستشارة فأصبح من المعتاد أن يقال فتوى قانونية أو استشارة قانونية و المقصود بذلك إبداء الرأي لبيان حكم القانون في موضوع معين لفرد أو جهة طلبت هذا الرأي لأنه قد استشكل عليها فهم القانون وتطبيقه على موضوع معين أو مسألة معينة .

[1] - ياسين كريم الملفي - الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار – رسالة ماجستير غير منشورة – جامعة بغداد - 1990 – ص14 .

ب – التفسير:

التفسير هو بيان المراد من الكلام على سبيل القطع، والتفسير ليس التأويل الذي يعني المراد من الكلام على سبيل الظن[1] .

وهو بذلك يعني اتخاذ خطوات تسبق دائماً تطبيق أية قاعدة من القواعد القانونية علىالمجتمع وما يجدّ فيه من وقائع و أن هذا التطبيق لغرض تحديد مضمون حكم هذه القاعدة أي المعنى المراد منها .

إن التفسير ليس ملزماً في كل الحالات ما عدا التفسير التشريعي وهو الذي يتولاه المشرع نفسه ليبين حقيقة ما قصد به في تشريع سابق . [2]

لقد أوجد المشرع الأردني ديواناً خاصاً لتفسير القوانين يتألف من رئيس أعلى محكمة نظامية رئيساً وعضوية اثنين من قضاتها،و أحد كبار موظفي الإدارة يعينه مجلس الوزراء يضاف إليهم عضو من كبار موظفي الوزارة ذات العلاقة بالتفسير المطلوب ينتدبه الوزير ، ويكون للقرارات التي يصدرها مفعول القانون وتنشر بالجريدة الرسمية .[3]

والتفسير القضائي يتولاه القضاء أثناء النظر في الدعوى وهو غير ملزم ولا تتقيد به المحكمة في الدعاوى المماثلة كما أنه غير ملزم من باب أولى للمحاكم الأخرى [4]. أما الاستشارة فإما أن تكون اختيارية وهي الاستشارة التي تطلبها الإدارة من جهة أخرى دون أن يوجد نص قانوني يلزمها بذلك أو إلزامية أي أن تكون مفروضة على الإدارة بموجب

---

[1] - د . محمد صبري السعدي – تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية – ط1 – دار النهضة العربية- القاهرة – 1979 – ص18 .

[2] - د. سليمان مرقص – المدخل للعلوم القانونية – ط -1957- ص198 .

[3] - انظر الماده 123 من الدستور الاردني وتعديلاته لسنة 1952.

[4] - د. أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – ط1974 – ص189 .

نصوص قانونية يتوجب القيام بها قبل إصدار القرار الإداري كما أن الرأي الاستشاري قد يكون ملزماً أو غير ملزم بحسب النص القانوني .[1] يتضح للباحث مما سبق أن هنالك علاقة بين التفسير والاستشارة ويظهر ذلك في أوجه الشبه بينهما كما يمكن القول بأن التفسير قد يدخل كعنصر من عناصر الاستشارة وبالذات الاستشارة القانونية حيث تتطلب في أغلب الأحيان تفسير ض ما و أن هذه العلاقة لا تعني اندماج المفهومين بمفهوم واحد ، لأن لكل منهما أصوله وقواعده من الناحية العملية وكذلك في نطاق التطبيق لأن الاستشارة لا تقتصر علىتفسير نص قانوني وا ٕنما تذهب إلى أبعد من ذلك لدراسة مشكلة من كافة المجالات مما يتطلب التحليل العميق الذي يعتمد على البحث والدراسة بينما التفسير يقتصر على تحديد معنى النصوص غير الواضحة التي يكتنفها الغموض .

[1] - علي خطار شطناوي– مرجع سابق – ص773 .

المطلب الثالث: أطراف الاستشارة

في هذا المجال سنبحث إجراءات الاستشارة من حيث كيفية طلبها أو أطراف الاستشارة وهي تكون من الجهات الإدارية التي تطلب الاستشارة والجهات المختصة بإعطاء الرأي الاستشاري ،والتي تعمل وفق أسس قانونية وفنية سيأتي بيانها لاحقاً عند معالجة موضوع ضوابط الرأي الاستشاري .

أ- جهة طلب الاستشارة:

حتى يكون الإجراء الاستشاري سليماً وصحيحاً من الناحية القانونية فلا بد أن يجري طلبه من الجهة الإدارية المنصوص عليها في القانون .[1] وفي حالة غياب النص القانوني فإن الجهة المختصة بإصدار القرار الإداري تكون هي الجهة المختصة بطلب الاستشارة وعليه لا يجوز طلب الرأي الاستشاري من جهة غير مختصة أو لا تملك سلطة إصدار القرار لأن قرارها في هذه الحالة يعد معيباً بعيب عدم الاختصاص .[2]

ب- الجهة المختصة بإعطاء الاستشارة :

تتحدد الجهة التي تقوم بإبداء الرأي الاستشاري بحسب النص القانوني ، أو وفق موضوع القرار الإداري المنوي اتخاذه من قبل من يملك سلطة إصداره فقد تكون استشارة فرد أو هيئة إدارية أخرى ، أو لجنة خاصة يتم تشكيلها أصلاً لهذا الغرض أو إحدى المجموعات الاستشارية أو إحدى المكاتب الفنية المتخصصة . [3] فالجهة الاستشارية قد تكون جزءاً من الإدارة المختصة بإصدار القرار أو إحدى الجهات الخاضعة للقانون الخاص أو هيئة مشكلة

---

[1] - خالد الزبيدي – مرجع سبق ذكره –ص347 .
[2] - يوسف سعد الخوري – القانون الإداري العام - ج 2- ط2- لم تذكر دار النشر - سنة 1998- ص 27 – 31 .
[3] - خالد الزبيدي – مرجع سبق ذكره – ص 347 .

من أعضاء من الجهتين وفي هذه الحالة لا تكون الهيئة من أشخاص القانون العام فقد قضت محكمة العدل العليا بأن وجود بعض الأعضاء الاستشاريين الحكوميين في لجنة الإشراف على اليانصيب الخيري لا يجعل منها مرفقاً عاماً ولا يجعل القائمين عليها من أشخاص القانون العام و أن القرار الذيصدر من هذه اللجنة لا يعتبر قراراً إدارياً خاضعاً للطعن أمام محكمة العدل العليا .[1]

[1] - عدل عليا 14\74- مجلة نقابة المحامين- العدد 7-8- سنة 1974- ص821 .

المبحث الثاني: صور الاستشارة

يفرض المشرع أحياناً على الإدارة اتخاذ إجراءات معينة قبل إصدار قرارها ومن تلك الإجراءات التي قد يشترطها المشرع هي أخذ رأي فرد أو جهة معينة وتتنوع صور الاستشارة وفقاً لذلك بتنوع الشرط الذي يفرضه المشرع ، فالأصل العام أن الإدارة غير ملزمة بأخذ رأي أي جهة كانت ، قبل إصدارها القرار ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك ومن ثم فإن المشرع إما أن يترك للإدارة حريتها في الاستشارة قبل إصدارها للقرار مع عدم إلزامها بمضمون هذا الرأي،وإما أن يلزمها بالاستشارة وبمضمون الرأي الصادر جراء هذه العملية ومنه يمكن تقسيم صور الاستشارة إلى ثلاثة أقسام نبحثها في مطالب ثلاثة ؛ نعرض في الأول إلى الاستشارة الاختيارية وفي الثاني إلى الاستشارة الإلزامية وفي المطلب الثالث إلى الاستشارة الإجبارية مع الالتزام بالرأي الاستشاري أو كما اصطلح الفقه على تسميتها بالآراء المطابقة .

المطلب الأول: الاستشارة الاختيارية

يقصد بالاستشارة الاختياريةتلك التي لا يكون مصدر القرار ملزماً قانوناً بالحصول عليها قبل قيامه بإصدار قراره[1] ، فله أن يصدر قراره دون أخذ رأي أية جهة، كما أن له الحق في أخذ رأي جهة ما دون أن يكون ملزماً قانوناً برأيها فله أن يأخذ به كلياً أو جزئياً أو أن يطرحه جانباً وله حتى العدول عن أخذ الرأي قبل إبدائه [2].

وتقدم الإدارة على هذا النوع من الاستشار ة لغرض توسيع آفاق ومدارك مصدر القرار بآراء جهة متخصصة بموضوع القرار قبل اتخاذه ، أو الحاجة إلى أفكار جديدةومبتكر ة لمعالجة مواقف أو ممارسات قائمة تحتاج إلى أكثر من رأي ، أو أن تكون هنالك حاجة إلى بحث موضوعي ومتعمق لمشكلات قائمة أو مستجدة والوصول إلى حلول فعاله للتغلب عليها ، أو الحاجةإلى ر أي مستقل وغير متحيز لموقف يتطلب اتخاذ قرار بشأنه . وفي كل الأحوال يمكن القول إن الإدارة تلجأ إلى طلب الاستشار ة في المجالات التي تجد نفسها بحاجة إلى خبرة مؤهلة بدرجة عالية من الكفاءة واستقلال الرأي في مواجهة موقف معين .

هذا وقد أورد المشرع الأردني العديد من النصوص التي ترك فيها مطلق الخيار للإدارةفي طلب الاستشار ة من عدمها ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما ورد في المادة السابعة من قانون ديوان المظالم رقم 11 لسنة 2008 بأن للرئيس – رئيس ديوان المظالم – الاستعانة بمن يراه مناسباً من المستشارين والخبراء في الحالات التي يحددها والتي تستدعي خبرة فنية مقابل المكافآت التي يراها مناسبة . كذلك ما نصت عليه المادة

---

[1] - د.موسى شحادة – أهمية القواعد الشكلية والإجرائية في إعداد القرارات الفردية – دراسة مقارنة – بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك تصدر عن جامعة اليرموك – المجلد 17 – العدد الثالث – ص452-453.

[2] - د . علي خطار شطناوي – الموسوعة – مرجع سبق ذكره – ص772.

10/ج من قانون السلطة البحرية الأردنية رقم 46 لسنة 2006 بأنه للمجلس – مجلس السلطة – أن يقرر دعوة أي شخص من ذوي الخبرة والاختصاص لحضور اجتماعاته للاستئناس برأيه في الموضوعات المطروحة عليه دون أن يكون له حق التصويت . كذلك الأمر ما نصت عليه المادة 10/و من قانون الكهرباء العام رقم 64 لسنة 2002 ((للمجلس أن يقرر دعوة خبراء أو مستشارين لإبداء آرائهم ومقترحاتهم في الموضوعات المعروضة عليه وله أن يقرر تشكيل لجنة أو لجان فنية واستشارية لتقديم المشورة له وللمجلس صرف مكافآت أم أجور لهم)).

كما أن المشرع الأردني من ناحية أخرى قد أورد نصوصاً جعل بموجبها من مهام بعض الجهات أن تقدم الاستشارات لمن يطلبها ومن ذلك ما ورد في المادة 3/و من قانون الإفتاء رقم 60 لسنة 2006 والتي نصت في مطلعها على أنه ((تنشأ في المملكة دائرة مستقلة تسمى دائرة الإفتاء العام تتولى المهام التالية : .... تقديم الرأي والمشورة في الأمور التي تعرض عليها من أجهزة الدولة)) .

وكذلك ما نصت عليه المادة 5/ز من قانون المعهد الدبلوماسي الأردني رقم 43 لسنة 2004 حيث نصت على أن من مهام المعهد تقديم الاستشارات في مجالات عمله لأي جهة محلية أو عربية أو دولية.

ومن الملاحظ على هذه النصوص أن المشرع الأدني قد ترك الباب مشرعاً للإدارة على اختلاف تخصصاتها للأخذ بالاستشارة متى شاءت وذلك حرصاً منه على أن يكون مصدر القرار على اطلاع تام بمجريات الأمور التي يكون بصدد معالجتها .

ومن تطبيقات محكمة العدل العليا في هذا المجال ما جاء بأحد أحكامها حيث إنها قررت أنه ((...................... لا يكون لرئيس ديوان المحاسبة حق قانوني في إحالة موظفي الديوان على التقاعد أو التنسيب لمجلس الوزراء بهذا الشأن .و أن من المستحسن أخذ رأيه قبل النظر في إحالة المستدعي على التقاعد))[1].

كما أن المشرع المصري قد أورد هو الآخر الكثير من النصوص التشريعية التي تنطوي على جواز طلب الاستشار ة من ذلك ما ورد في المادة 58 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 وتعديلاته من أن قسم الفتوى يتكون من إدارات مختصة لرئاسة الجمهورية ورئيس مجلس لوزراء والوزارات والهيئات العامة ويرأس كل إدارة منها مستشار أو مستشار مساعد ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس . وتختص الإرات المذكور ة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينةفي الفقر ة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية .

كذلك ما نصت عليه المادة 66 من القانون المذكور بأن تختص الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بإبداء الرأي في المسائل والموضوعات الآتية:

المسائل الدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس الجمهورية أو من رئيس الهيئة التشريعية أو من رئيس مجلس الوزراء أو من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة.

المسائل التي ترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى صدرت من لجنة أخرى أو من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

[1] - عدل عليا – قرار رقم 1973/3 – مجلة نقابة المحامين – العدد 3-4 - سنة 1973 – ص1500 .

المسائل التي ترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى إحالتها إليها لأهميتها .

المطلب الثاني:الاستشار ة الإلزامية

تتحقق هذه الصور ة عندما يفرض النص القانوني على مصدر القرار أخذ ر أي جهة أخرى مقدماً قبل إصدار القرار[1] بحيث يعد القرار معيباً إذا ما أقدمت الإدار ة على إصدار القرار دونما استيفاء الاستشار ة[2] .

فالسلطة الإدارية في هذه الصورة صاحبة الحق في اتخاذ القرار تكون ملزمة بطلبها وهذا الإلزام لا يكون إلا بنص صريح يثبت ذلك [3] .

والأصل أن الإدار ة حرّة في التقيد بمضمون الرأي الاستشاري أو صرف النظر عنه فلها أن تأخذ به ولها أن تخالفه [4]، فالفائدة من الاستشار ة تتحقق بمجرد علم الإدار ة بها مما يجعلها تصدر قرارها و هي مطلعة على كافة جوانبه . على أنه وفي كل الأحوال يتوجب على الإدار ة أن تستطلع الرأي الاستشاري قبل إصدارها للقرار وإلا عد ذلك عيباً كما سبق وأسلفا ، والسبب في ذلك أن الحكمة من إلزام القانون للإدار ة بطلب الاستشار ة هي أن يكون في ذلك ضمانة لحقوق وحريات أصحاب الشأن قد تهملها الإدارة إذا أصدرت قرارها دونما أخذ الرأي مقدماً .

وعليه فإن المشرع لم يضع هذا الإجراء عبئاً على الإدارة بل أراد أن يجنبها مواطن الخطأ ويبصرها برأي الجهة الخبير ة قبل اتخاذ القرار ولهذا اتجهت أغلب التشريعات للنص

---

[1] - د. علي خطار شطناوي – مرجع سابق- ص771.
[2] - د. خالد الزبيدي – مرجع سابق- ص348، انظر أيضاً ياسين كريم الحلفي – مرجع سابق- ص154.
[3] - د. الديداموني مصطفى أحمد – مرجع سابق - ص52-53.
[4] - د . سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي – ط3 – 1963 – ص263 ، انظر أيضاً د . سامي جمال الدين – الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية – منشأة المعارف – الإسكندرية – ط1 2004- ص441 .

علىلزامية الاستشار ة [1] . فنجد المشرع المصري قد أورد الكثير من النصوص ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر ما نصت عليه المادة 58 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 ((.......ولا يجوز لأية وزار ة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز عقداً أو صلحاً أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدار ة المختصة)) ، وكذلك ما نصت عليه المادة 8 من القانون رقم 109 لسنة 1971، في شأن هيئة الشرطة حيث نصت على أن ((يعين مساعدو وزير الداخلية ورؤساء القطاعات ونوابهم ورؤساء المصالح والإدارات العامة بقرار من رئيس الجمهورية .

وتعتبر كليات أكاديمية الشرطة ومركز البحوث بها ومديريات الأمن بالمحافظات مصالح، ويمارس مديروها اختصاصات رئيس المصلحة. ويكون التعيين في غير ذلك من وظائف هيئة الشرطة بقرار من وزير الداخلية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للشرطة))، كذلك ما أوردته المادة 9 ((فيما عدا الإدارة العامة لشؤون العاملين المدنيين، لا يعين في الوظائف المبينة في الفقرة الأولى من المادة السابقة إلا من بين ضباط الشرطة وتعتبر وظائف وكلاء المصالح وما في حكمها ونواب ومساعدي مدير الأمن ورؤساء الإدارات والأقسام والوحدات والوظائف الرئيسية بالوزارة وفروعها من وظائف هيئة الشرطة فيما عدا ما يحدده وزير الداخلية بقرار منه بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للشرطة)). والحكم الوارد في المادة 20من القانون السالف ذكره ((يصدر وزير الداخلية قرار ترقية الضابط بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للشرطة......)).

---

[1] - ياسين كريم الحلفي – مرجع سابق – ص 155 .

كذلك ما أوردته المادة 11 من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية المصري رقم 42 لسنة 2008 التي نصت على أن ((تعمل الجمعيات على تحقيق أغراضها في الميادين المختلفة لتنمية المجتمع وفقاً للقواعد والإجراءات التي يحددها القانون واللائحة التنفيذية، ويجوز للجمعية – بعد أخذ رأي الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية – أن تعمل في أكثر من ميدان)) وما نصت عليه المادة 40 من ذات القانون فقد قررت ((مع مراعاة أحكام النظام الأساسي للجمعية، إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة لا يكفي لانعقاده صحيحاً ، جاز لوزير الشؤون الاجتماعية عند الضرورة، بعد أخذ رأي الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية، أن يعين بقرار مسبب مفوضاً من بين الأعضاء الباقين أو من غيرهم، تكون له اختصاصات مجلس الإدارة.وعلى المفوض دعوة الجمعية العمومية خلال ستين يوماً لانتخاب مجلس إدارة جديد، وا ٕلا اعتبرت مدعوة إليه بحكم القانون يوم الجمعة التالي لفوات الميعاد المشار إليه، وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون أوضاع هذا الاجتماع ، وتنتهي مهمة المفوض بانتخاب مجلس الإدارة الجديد)).

كذلك ما نصت عليه المادة 10 من قانون إنشاء الجامعات الخاصة المصري رقم 101 لسنة 1992 حيث إنها نصت على أنه ((يعين وزير التعليم مستشاراً للجامعة يكون ممثلاً له لمدة سنتين قابلة للتجديد بعد التشاور مع مجلس الأمناء ويكون عضواً بمجلس الجامعة)).

أما المشرع الأردني فقد أورد نصوصاً عديدة في هذا الشأن نذكر منها وعلى سبيل المثال. ما نصت عليه المادة 19 من قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم 24 لسنة 1973

من أن لوزير الداخلية بعد استطلاع رأي مدير الأمن العام الحق في قبول أو رفض طلب الأجنبي إذن الإقامة الممنوحلة وتكليفه المغادر ة دون بيان الأسباب.

كذلك ما نصت عليه المادة 79 من قانون العمل رقم 8 لسنة 1996 من أن ((يحدد الوزير بعد استطلاع رأي الجهات الرسمية المختصة بتعليمات يصدرها ما يلي............))

.

وما نصت عليه المادة 83 من أن للوزير بعد استطلاع آراء الجهات المعنية أن يصدر تعليمات يحدد بموجبها كل عمل لا يجوز تشغيل أي شخص فيه قبل إجراء الفحص الطبي عليه للتأكد من لياقته الصحية للقيام بذلك العمل ونشر التعليمات التي تصدر بمقتضى هذه المادة في صحيفتين محليتين وفي الجريدة الرسمية .

كما أن المادة 14 من نظام ديوان التشريع والرأي رقم 1 لسنة 1993 نصت على أنه لا يجوز إقرار أي مشروع أو إصدار أي قرارات أو تعليمات تنظيمية ذات طابع عام من قبل المجلس قبل إحالتها إلى الديوان لدراستها وتدقيقها وإبداء الر أي فيها بحرية واستقلالية تامتين ويسري هذا الحكم على أي عمل أو مهمة يختص الديوان بالقيام بها بموجب أحكام هذا النظام . وتنص المادة 8 من قانون الصحة العامة رقم 47 لعام 2008 على أنه تحدد بمقتضى تعليات يصدرها الوزير بعد الاستئناس بر أي النقابة ذات الاختصاص الأسس والشروط والأحكام التي يجوز بموجبها السماح لأي من الأطباء الاختصاصيين سواء كانوا أردنيين مقيمين خارج المملكة ومرخصين للعمل هناك ، أو غير أردنيين لإجراء أي عملية خاصة في المملكةوأ تقديم مشور ة طبية فيها .

كما أن المشرع الأردني يورد مصطلحات أخرى ويقصد بها الاستشار ة ومن ذلك مصطلح التنسيق ومثاله ما ورد في المادة 50/أ من قانون الدواء والصيدلة رقم 80 لسنة 2001 حينما نصت على أن للوزير أن يصدر بالتنسيق مع المؤسسة ومع النقابة تعليمات يحدد بمقتضاها أنواع الأدوية المسجلة الواجب توافرها بصور ة دائمة في أي من مستودعات الأدوية التي تنتجها الشركات التي يكون وكيلاً لها وإذا تعذر عليه تأمينها فعليه إعلام الوزار ة وذلك تحت طائلة السماح لأي مؤسسة صيدلانية باستيرادها شريطة أن يباع للجمهور بالسعر المقرر .

أما القضاء الإداري فقد استقرت أحكامه على وجوب التزام الإدارة باستيفاء الاستشارة الملزمة ومن ذلك أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر حيث حكمت في إحدى القضايا بقولها ((فإذا كان قانون مجلس الدولة – الصادر سنة 1946 – يحتم في المادة (11 ، 17) أن يتولى قسم التشريع صياغة اللوائح والقرارات التنفيذية للقوانين والمراسيم وإذا حدث أن هذا الإجراء لم يراع بصدد قرار وزير التجار ة رقم 44 لسنة 1947 فإن هذا القرار يغدو باطلاً من الناحية الشكلية لأن رأي مجلس الدولة ولو أنه يتعلق بالصياغة إلا أنه يعد إجراءً جوهرياً جزاء الإخلال به هو البطلان))[1] كذلك يشدد القضاء الإداري المصري على أن الآراء التي تؤخذ قبل إصدار القرار ولو أنها استشارية وغير ملزمة فيجب أن تستوفى ومن ذلك القضاء الغزير الذي كونه مجلس الدولة بصدد لجان شؤون الموظفين فترى محكمة القضاء الإداري أن((إغفال عرض الترقيات على لجنة شؤون الموظفين ولو أن رأيها

[1] - حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 990 ذكره دكتور مصطفى زيد أبو فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – ط 3- سنة 1966– الناشر غير مذكور – ص247.

استشاري وغير ملزم للوزير إلا أن ذلك لا يسوغ بحال عدم أخذ الرأي لما يترتب على ذلك من إغفال الضمانة التي أريد تحقيقها من إنشاء تلك اللجنة لتكون بجانب الوزير عند البت في أمر الترقيات وعلى الخصوص ما كان منها في نسبة الاختيار لتمده بالمعلومات الصحيحة عن المرشحين للترقية ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد انطوى على مخالفة قانونية تعيبه بعيب جوهري ويتعين لذلك إلغاؤه ....))[1] كذلك ما حكمت به المحكمة ذاتها في قضية أخرى حيث جاء الأمر بشكل أكثر تفصيلاً فقد قررت أن ((الإجراء الذي اشترطه المرسوم بقانون رقم 74 لسنة 1952 بشأن إقامة الأجانب من ضرورة أخذ ر أي لجنة الأبعاد المنصوص عليها في المادة 16 من هذا القانون هو إجراء جوهر ي لما فيه من ضمان للشخص المراد إبعاده يترتب على إغفاله بطلان قرار الإبعاد))[2] كذلك حكمها الذي جاء فيه ((إن ما دفعت به الحكومة من أن لمجلس الوزراء أن يقرر إحالة موظف البوليس على المعاش بغير حاجة إلى أخذ ر أي مجلس البوليس الأعلى ولو أن ر أي استشاري فإن أخذ ر أيه ضمانة للموظف وقد يكون لر أيه الاستشاري شأن في قرار الجهة الإدارية ، ومن المتفق عليه قانوناً أن القرارات الإدارية لا تصح إلا إذا استوفت الأوضاع والإجراءات التي نص عليها القانون خصوصاً إذا كان المقصود منها توفير الضمانات للموظف كما هو الحال في خصوصية هذه الدعوى))[3] .

كذلك ما أخذت به محكمة العدل العليا في الكثير من أحكامها فقد قضت أنه استقر الفقهاء والقضاة الإداريون على أنه إذا فرض المشرع على الإدار ة قبل إصدار قرار معين

[1] - حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 670 ذكره دكتور مصطفى زيد أبو فهمي – مرجع سابق - ص248.
[2] - مصطفى زيد أبو فهمي – مرجع سابق – ص458.
[3] - مصطفى زيد أبو فهمي – مرجع سابق – ص428-429.

استشارة فرد أو هيئة من الهيئات فإنه يتعين عليها القيام بهذه الشكلية قبل إصدار القرار ولو كان الرأي بحد ذاته غير ملزم للإدارة وأن إغفاله يشكل إهداراً لضمانات كفلها القانون من إيجاد رأي بجانب رأي الوزير ليستعين به كضمانة من الضمانات التي قررها المشرع لصالح الأفراد وعليه فيعتبر قرار وزير الداخلية القاضي برفض طلب المستدعين بتسجيل جمعية قبل الاستئناس برأي المحافظ عملاً بنص المادة 2/6 من قانون الجمعيات والهيئات الاجتماعية رقم (33) لسنة 1966 المعدل بموجب القانون رقم (9) لسنة 1971 وتوصيات الأمين العام للوزارة المنصوص عليها بالمادة 2/7 من ذات القانون باطلاً لعدم مراعاة الشكليات المطلوبة قانوناً .[1] وفي حكم آخر لها قررت بأنه يستفاد من نصوص المواد (11 ، 18 ، 19 ، 26) من قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم (24) لسنة 1973 أن صلاحيات وزير الداخلية الممنوحة بمقتضى هذا القانون فيما يختص بإقامة الأجانب أو بإصدار الأمر بوجوب مغادرتهم أراضي المملكة يجب أن تمارس بعد استطلاع رأي مدير الأمن العام وعلى أساس ظروف كل أجنبي وتوافر أو عدم توافر الشروط المنصوص عليها في القانون المشار إليه .[2] كما أنها قررت في حكم آخر لها من أن المادة (7) من قانون ديوان المحاسبة رقم (28) لسنة 1952 قد منحت رئيس الديوان صلاحية الوزير فيما يتعلق بتنظيم الديوان وإدارة أعماله وحيث إن قانون التقاعد المدني رقم (43) لسنة 1959 وهو قانون قد جاء متأخراً عن قانون ديوان المحاسبة لم يمنح الوزير صلاحية إحالة الموظف على التقاعد إذا أكمل مدة خمس عشرة سنة مقبولة للتقاعد كما لم يمنحه حق التنسيب في

---

[1] - عدل عليا – 198 / 93 – نعمان الخطيب - مرجع سابق – ص445.
[2] - عدل عليا – 77 / 81 – نعمان الخطيب - مرجع سابق – ص18.

هذا الشأن وإنما حصر هذه الصلاحية لمجلس الوزراء وحده بمقتضى المادة (15) منه وبالتالي لا يكون لرئيس ديوان المحاسبة حق قانوني في إحالة موظفي الديوان على التقاعد أو التنسيب لمجلس الوزراء بهذا الشأن وإن كان من المستحسن أخذ رأي رئيس الديوان قبل النظر في إحالة المستدعي إلى التقاعد .[1]

وإذا كان المشرع قد ألزم الإدارة بالاستشارة في مسائل معينة فإن الإدارة ليست ملزمة بأن تستشير في كل حالة على حدة في المسائل المماثلة فإذا سبق لها و أن أخذت رأي الجهة المختصة في أمر من الأمور فلا يوجد ما يمنع من أن تتصرف على ضوء هذا الرأي في جميع الحالات المتماثلة ومن المستحسن في هذه الحالة أن تشير إلى الرأي السابق صراحة حتى لا يحسب تصرفها هذا على أنه إغفال لأخذ الرأي وهو شكلية أساسية[2]. ويرى الباحث أنه يتوجب على الإدارة في هذه الحالة أن تراعي حيثيات الموضوع ومدى تشابه الحالات التي تم أخذ الرأي بها مسبقاً .

و يجب على الإدارة أن تراعي في حالة إذا ما أوجب النص القانوني عليها الحصول على عدة آراء متتالية إتباع التسلسل الذي نص عليه القانون وإلا كان القرار معيباً أما إذا لم يرتب القانون تسلسلاً معيناً جاز لها أن تطلب الرأي دون الالتزام بأي ترتيب ، كما أنه يجب أن يصدر الرأي من ذات الهيئة أو الفرد المنصوص عليه قانوناً فإذا استلزم المشرع أخذ رأي موظف معين فإنه لا يغني في ذلك أخذ رأي رئيسه ،وإذا كان المفروض أن يصدر الرأي

---

[1] - عدل عليا – 3 / 73 – نعمان الخطيب - مرجع سابق – ص69 .
[2] - سليمان الطماوي – النظريه العامه للقرارات الاداريه – مرجع سابق – ص263.

الاستشاري قبل صدور القرار فإنه من الواجب أن تكون المدة بين أخذ الرأي وإصدار القرار معقولة بحيث إذا طالت المدة اعتبر القرار باطلاً .[1]

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى –استناداً إلى قاعدة تقابل الإجراء – بأن القرار الذي يصدر استناداً إلى استشارة هيئة معينة لا يجوز إلغاؤه إلا بعد استشارة ذات الهيئة.[2]

---

[1] - سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص355 .
[2] - سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات – مرجع سابق – ص265.

المطلب الثالث: الاستشارة الإجبارية مع الالتزام بالرأي الاستشاري(الآراء المطابقة)

في هذه الصورة لا يكتفي المشرع بإلزام مصدر القرار الإداري بطلب الاستشارة فحسب بل يتوجب عليه إتباع ما تتخذه الجهة الاستشارية من رأي بمعنى أنه يتحدد قرار الجهة الإدارية بالرأي الاستشاري بحيث لا يجوز لها الخروج عنه أو مخالفته أو إهماله أو حتى تعديله [1] فالرأي الاستشاري في هذه الحالة هو الذي يحدد القرار الإداري .

إن هذه الصورة من صور الاستشارة تترك آثاراً مباشرة على القرار الإداري بحيث يمتنع على الجهة الإدارية اتخاذ قرار مخالف للرأي الاستشاري وتتضح أهمية الرأي الاستشاري في هذا المجال استناداً إلى النص التشريعي لأن المشرع هو الذي يعطي الأهمية لهذا الرأي دون أن يتوقف ذلك على رضا الإدارة وموافقتها وبهذا يستطيع الباحث أن يقول إن السلطة الإدارية ليست معنية فقط بطلب الرأي الاستشاري وإنما الأخذ به شريطة النص الصريح على ذلك من قبل المشرع لأن الأصل العام أن الإدارة غير ملزمة بطلب الاستشارة ولا حتى الأخذ بها ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك .

ويطلق الفقه على تسمية هذا النوع من الاستشارة بالآراء المطابقة [2]، ويوجد هذا التطبيق بشكل واسع في الهيئات الاستشارية المركزية كمجالس شورى الدول[3] ومنها مجلس

---

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص773، وانظر أيضاً خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص348.
[2] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص 773، وانظر أيضاً خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص348 ، كذلك موسى شحادة – مرجع سابق – ص 452 .
[3] - ياسين الحلفي – مرجع سابق – ص158.

الدولة المصري ، وفي الأردن نجد تطبيقاً لذلك في ديوان التشريع والر أي كما سيأتي بيانه لاحقاً .

فالمشرع المصري أخذ بهذه الصور ة في الكثير من النصوص التي أوردها والتي نذكر منها على سبيل المثال ما نصت عليه المواد 194و195 من الدستور المصري التي بينت في مضمونهما اختصاص مجلس الشورى حيث أناطت بعض الأمور التي لا يجوز فيها إصدار أي قرار إلا بعد دراسة الأمر من قبل مجلس الشورى سواء كان ذلك تعديل مواد الدستور وبعض مشروعات القوانين المحددة حصراً في المادة 194 وكذلك مشاريع الخطط التنموية ومشروعات القوانين و أي موضوع يحال إليه من قبل رئيس الجمهورية .

كذلك ما جاء في المادة 66 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 والتي جعلت رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملزماً لكل الأطراف ذات العلاقة وذلك فيما يتعلق بالمسائل الدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية والتي تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس الجمهورية أو من رئيس الهيئة التشريعية أو من رئيس مجلس الوزراء أو من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة ، كذلك المسائل التي ترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى ر أياً يخالف فتوى صدرت من لجنة أخرى أو من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وما تقوم بإحالته إحدى لجان قسم الفتوى إلى الجمعية العمومية كذلك المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

كما أن المشرع الأردني قد أخذ هو الآخر بهذه الصور ة ،ومن ذلك ما نص عليه في المادتين 13 و 14 من نظام ديوان التشريع والر أي رقم 1 لسنة 1993 من وجوب استفتاء الديوان حول مشروعات القرارات التنظيمية قبل إقرارها من مجلس الوزراء فإن وافق الديوان على مشروع القرار المعروض عليه تعين على الجهة المعنية بمشروع القرار بعد عرضه على الديوان ووجدت ضرور ة لتعديله أن تطلب استشارة الديوان مرة أخرى على هذا التعديل [1] .

ومن استقر اء هذه النصوص في كل من الأردن ومصر يتبين أن غياب الرأي المطابق سواء كان بشكل كلي أو عدم تبني مضمونه يؤدي إلى عدم مشروعية القرار الإداري الصادر وتعد عدم المشروعية الناجمة عن غياب الر أي الاستشاري المطابق مسألة تتعلق بالنظام العام[2] ويبنى على ذلك جواز إثارتها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى وكما أن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه دونما طلب من الخصوم.

لهذا يرى بعض الفقه [3] أن هذه الطائفة من الآراء تنطوي على مشاركة حقيقية وفاعلة في إصدار القرارات الإدارية وتستوجب اتفاق وجهات نظر السلطة المختصة بإصدار القرار والجهة التي بدأت الر أي المطابق.

ويرى الباحث أن وجود مثل هذا النوع من الاستشارات لا يعني أن هنالك تشاركاً في الاختصاص وذلك لأن الاختصاص يبقى منعقداً للجهة صاحبة الاختصاص الأصيل

---

[1] - د . نواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الأول – دار الثقافة – عمان – 2002 – ص218-222.
[2] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص773 .
[3] - انظر موسى شحادة – مرجع سابق – ص452 ، وكذلك علي خطار – مرجع سابق – ص 773 ، والديداموني مصطفى أحمد - مرجع سابق – ص69 - 75 .

و الدليل على ذلك أن الجهة الإدارية تستطيع أن تمتنع نهائياً عن إصدار القرار دونما معقب عليها بذلك من الجهة صاحبة الرأي الاستشاري .

وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا أنه إذا كانت اللجنة الوزارية المعنية هي المقصودة بالجهة التي على وزير الصناعة والتجار ة أن ينسق معها وقد أبدت رأيها بأنه يقتضي على مستوردي الخزف أن يشتروا نسبة معينة من إنتاج شركة الخزف الأردنية فيكون التنسيق تاماً بين الوزير واللجنة ومعلوم أن التنسيق ليس تسيباً ولا توصية وإنما يقصد منه أن يكون نشاط الوزير حين إصدار قراره بمنح أو رفض الرخص غير مخالف لسلوك وإرادة الجهة المنسق معها لا أن تشاركه في إصدار قراره [1].

[1] - عدل عليا – 9 / 82 – نعمان الخطيب - مرجع سابق – ص104.

الفصل الثاني

ذاتية الرأي الاستشاري

إن البحث في ذاتية الرأي الاستشاري يتطلب من الباحث التعرض إلى الطبيعة القانونية للرأي الاتشاري ومصادر ه وعناصر الاختصاص الاستشاري، وهو ما سيتعرض الباحث له تباعاً .

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للرأي الاستشاري

تباشر السلطة العامة وهي في سبيل أدائها لوظيفتها الإدارية تصرفات وأعمالاً مختلفة لا تخرج عن كونها أعمالاً مادية أو أعمالاً قانونية.

ويعر ف العمل المادي بأنه العمل الذي تقوم به الإدارة دون أن تقصد ترتيب أثر قانوني عليه، بمعنى أنها لا تقصد إنشاء مراكز قانونية جديدة، أو تعديل المراكز القانونية القائمة أو إلغاءها[1]. وبذلك فإن الأعمال المادية هي الأعمال التي يقوم بها أعضاء أو عمال السلطات الإدارية ، ولا تعد قرارات إدارية ويدخل في مفهومها الأعمال الفنية ، وبعض الأعمال غير المشروعة التي يبلغ درجة عدم مشروعيتها حداً يفقدها طبيعتها القانونية فتصبح أعمالاً مادية وكذلك الأعمال غير الإ ادية التي تقع نتيجة خطأ من جانب عمال الإدارة[2] .

[1] - خالد سمارة الزعبي – القرار الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة – المركز العربي للخدمات الطلابية – عمان 1993 – ص10وانظر أيضاً مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص269.
[2] - محمد فؤاد مهنا – القانون الإداري المصري – المقارن – ج1 – السلطة الإدارية – 1958 – غير مذكور الناشر- ص704.

أما الأعمال القانونية فيقصد بها تلك الأعمال التي تمارسها الإدارة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة عليها كترتيب حق، أو التزام وذلك بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو بإحداث تعديل على المراكز القانونية القائمة[1] .

وتنقسم الأعمال القانونية بدورها إلى قسمين[2]:

1.الأعمال القانونية الصادر ة بناء على اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الأفراد أو إحدى الشركات أو جهة إدارية أخرى وهي العقود.

2. الأعمال القانونية الصادرة من جانب الإدارة وحدها أي بإرادتها المنفردة سواء كانت هذه الإرادة فردية أي صادرة عن شخص طبيعي كرئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو الوزير أو المحافظ ، أو كانت جماعية صادرة من هيئة أو مجلس يمثل شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية وهي القرارات الإدارية.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال ، هو هل يعتبر الرأي الاستشاري قراراً إدارياً ؟

حتى يتسنى لنا الإجابة عن مثل هذا التساؤل فلا بد من بيان ماهية القرار الإداري، ومن ثم بيان وجهة النظر الفقهية و القضائية من هذا الموضوع.

[1] - محمود محمد حافظ – القرار الإداري – دراسة مقارنة – ج1 – دار النهضة العربية – القاهره –ص6.
[2] - محمود حافظ – المرجع السابق – ص6-7 .

تعريف القرار الإداري:

إن القرار الإداري لا يختلف من حيث جوهره عن أي عمل قانوني آخر ، سوى صدوره عن هيئة من الهيئات الإدارية المختصة وبإرادتها المنفردة ، لذلك فإن بعض فقهاء القانون العام والقانون الإداري عندما يتعرضون لتعريف العمل الإداري أو القرار الإداري فإنهم لا يذكرون في هذا المجال سوى تعريف عام للعمل القانوني [1] ، فالعميد دوجي يعرفه بأنه (كل عمل إداري يتدخل قصداً لإحداث تعديل في الأوضاع القانونية الموجودة في لحظة اتخاذه أو التي ستوجد في لحظة مستقبلية معينة)و العميد بونار يتبنى تقريباً ذات التعريف للعمل القانوني وهو في صدد الكلام عن العمل الإداري فيقول (والعمل القانوني هو كل عمل يحدث تعديلاً في الأوضاع القانونية) ويعرفه الأستاذ فيدل بأنه (تصرف قانوني صادر عن طريق فرض الالتزامات أو منح الحقوق)[2].

ويعرفه الفقه المصري على أنه (إفصاح عن إرادة ملزمة بقصد إحداث أثر قانوني وذلك إما بإحداث قاعدة تنشئ أو تعدل أو تلغي حالة قانونية عامة أو موضوعية ، حين يكون العمل لائحة وا ٍما بإنشاء حالة فردية أو تعديلها أو إلغائها لمصلحة فرد أو أفراد معينين أو ضدهم في حالة القرار الإداري الفردي)[3].

---

[1] - حسني درويش – نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء – رسالة دكتوراه – دار المعارف –1981 – ص539.
[2] - هذه التعريفات ذكرها شاب توما منصور – القانون الإداري – ج1 – 1970 – لم يذكر الناشر – ص351.
[3] - سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – ج1 – 1950 – ص150، وانظر أيضاً محمود حافظ – القرار الإداري – مرجع سابق – ص6 ، حمدي عكاشه – القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة – دار المعارف – الإسكندرية – 1987 – ص17.

ويرى القضاء الإداري المصري (أن القرار الإداري تنظيمياً أو فردياً هو عمل قانوني من جانب واحد ، يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، وفي الشكل الذي يتطلبه القانون ، بقصد إنشاء وضع قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة)[1] ، وعلى نحو ما تقدم جاء تعريف الفقه والقضاء الإداري الأردني حيث عرفته محكمة العدل العليا بأنه (إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً ، وأن يكون الباعث على إصداره استيفاء مصلحة عامة)[2] .

ويعرفه الفقه الإداري الأردني على أنه عمل قانوني نهائي صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لجهة الإدارة العامة الوطنية بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة ، وفي الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء حق أو التزام قانوني معين ، متى كان ذلك ممكناً و جائزاً قانوناً وابتغاء المصلحة العامة[3].

وبذلك يعتبر القرار الإداري وسيلة الإدارة المفضلة في القيام بوظائفها المتعددة لما يحققه من سرعة وفاعلية في العمل الإداري ، فهو يتيح للإدارة إمكانية البت من جانب واحد في أمر من الأمور دون الحاجة إلى الحصول على رضى ذوي الشأن [4]. فإذا كان الفقه والقضاء الإداري متفق على ماهية القرار الإداري وطبيعته القانونية ولكن الأمر جاء مختلفاً

---

[1] - المحكمة الإدارية العليا – طعن رقم 18/383ق – 1977/2/12 ، ومجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في 15عاماً – 1980/1965 ج3 – ص2019 .

[2] - عدل عليا – قرار رقم 79/82 منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية وكذلك قرارها رقم 76/46 و 2008/75 المرجع السابق .

[3] - علي خطارشطناوي – الموسوعة – مرجع سابق – ص383 ، ونواف كنعان – القانون الإداري – مرجع سابق – ص237 ، وأحمد الغويري – القضاء الإداري الأردني- قضاء الالغاء والتعويض – لم يذكر الناشر – 1997 – ص146.

[4] - حسني درويش – مرجع سابق – ص17.

بصدد التكييف القانوني للرأي الاستشاري حيث اختلفت آراء الفقه واتجاهات القضاء الإداري بصدد هذا الموضوع ، حيث ذهب رأي من الفقه إلى أن هذا العمل هو إجراء ذو طابع قضائي ، ويرى آخر أنه عمل إداري صادر من جانب واحد ، وذهب رأي ثالث إلى القول بأن الرأي الاستشاري هو إجراء تحضيري من الإجراءات الإدارية وعلى ذلك سوف نعرض لهذه الآراء تباعاً .

الرأي الأول :

يذهب هذا الرأي إلى القول بأنه يتعين التمييز بين طائفتين من أعمال الإدارة ، الطائفة الأولى وهي الأعمال التي تتخذ من جانب واحد بمعرفة الإدارة . والطائفة الثانية وهي أعمال لا تتخذ إلا بناء على إجراءات تستعير عناصر الإجراء القضائي وتقدم نفس الضمانات ، و لا يتوافر فيها كل عناصر الإجراء القضائي إلا أنها تحوي كل الضمانات التي تسمح لأصحاب الشأن والإدارة بالتعبير عن رأي كل منهما وببحث العمل الاستشاري، يرى صاحب هذا الرأي أنه ينطوي على عناصر الإجراء القضائي ومن ثم فإنه ينتمي إلى الطائفة الثانية من أعمال الإدارة وبالتالي يعتبر إجراء ذا طبيعة قضائية[1].

وقد انتقد هذا الرأي من حيث إن توافر بعض الإجراءات في العمل الاستشاري التي تتفق في طبيعتها مع الإجراءات القضائية لا يعني أن يتخذ العمل الاستشاري صفة العمل الإداري ذي الطابع القضائي[2] ، وذلك لأن العمل القضائي حسبما يعرفه الفقه[3] أنه العمل الذي

[1] - رأي الاستاذ andre heilbrooner ذكره الدايدموني – مرجع سابق – ص70.
[2] - الدايدموني – مرجع سابق – ص70 .
[3] - للتوسع راجع محمود حافظ – القرار الإداري – الجزء الأول – دون سنة نشر – دار النهضة العربية – ص 12 و 28 .

يفصل في خصومة قائمة بين شخص أو أكثر بينما العمل الاستشاري لا يفصل في خصومة وا إنما هو رأي يدلى في موضوع معين وليس لهذا صفة الحسم .

الرأي الثاني :

يرى هذا الرأي بأن العمل الاستشاري عمل قانوني يصدر من جانب واحد ويرتب آثاراً قانونية معينة [1]، وهذا مؤداه أن العمل الاستشاري هو قرار إداري وقد ساق هذا الرأي مجموعة من الأدلة لتأييد ما يقول نعرض لها تباعاً :

1- إن العمل الاستشاري هو عمل قانوني ، وذلك لأن العمل الاستشاري مثل العمل الإداري يصدر من هيئة مختصة وأن هذه الهيئة اختصاصها محدد سواء كان هذا الاختصاص شخصياً أو زمنياً أو نوعياً أو محلياً ، وهي في مباشرتها لهذا الاختصاص تخضع لرقابة القضاء كما أنها عند مباشرتها لهذا الاختصاص تحكمها مبادئ معينة وهي السرية والفاعلية ، كما أن العمل الاستشاري لا يخضع من حيث الأصل لشكل معين ولا يكون بحاجة إلى نشر أو تسبيب وهذا شأن العمل الإداري كمبدأ عام .

2- إن العمل الاستشاري يرتب آثاراً قانونية في مواجهة السلطة طالبة الاستشارة .

3- العمل الاستشاري عمل قانوني من جانب واحد يصدر من الهيئة الاستشارية سواء كانت الاستشارة ملزمة أو اختيارية ، وذلك لأن الإلزام من عدمه يتعلق بالسلطة طالبة الاستشارة وليس لمضمون العمل الاستشاري ذاته ، وهو يصدر بإرادتها ، أما كون طلبه يتم

---

[1] - رأي الاستاذ yves weber ذكره الدايدموني – مرجع سابق – ص71.

من جانب السلطة طالبة الاستشارة فلا يعدو أن يكون شرطاً لاستخدام الهيئة الاستشارية إلا أن هذا الرأي انتقد من حيث إن هنالك أوجه اختلاف كثيرة ما بين العمل الاستشاري والقرار الإداري ودلالة ذلك :

أولاً : من حيث مصدر القرار

لقد ثار التساؤل التالي في هذه الجزئية: كيف نحدد مصدر القرار؟ و ما مدى تطبيق ذلك على مصدر الرأي الاستشاري ؟

يذهب الدكتور ثروت بدوي[1] للإجابة على هذا السؤال بقوله إن الأمر لا يخرج عن حلين ،الحل الو اسع والحل الضيق ؛فوفقاً للحل الواسع يعتبر القرار صادراً من كل شخص يلزم تدخله في إعداد القرار مهما كان دوره ، وسواء اقتصر على مجرد المشاركة المادية في صياغة القر ار أم كان له دور إيجابي في تحديد المضمون القانوني للقرار طالما استلزم القانون تدخل ذلك الشخص لاتخاذ القرار ، أما إذا كان النظام القانوني في الدولة يسمح لشخص واحد بإصدار قرارات معينة فإن هذا الشخص وحده يعد صاحب القرار أو مصدر القرار حتى لو استعان بأي عدد من الأشخاص في اتخاذ ذلك القرار فالعبرة بما يقرره القانون في هذا الشأن،فإذا كان التدخل في صنع القرار وجوباً يفرضه القانون فالقرار يعد صادراً من كل من شارك فيه مهما كان دوره ، وعلى العكس إذا أناط القانون سلطة إصدار قرار معين بشخص معين فقط فإن كل من يشركهم في صنع القرار لا يعتبرون من مصدري القرار.

[1] - ثروت بدوي – تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية – دار النهضة العربية- 1970 – ط2 – ص32 وما بعدها .

وعلى ذلك إذا نص القانون على وجوب أخذ رأي جهة معينة بشأن اتخاذ قرار معين فإن هذه الجهة تعد مشاركة في صنع القرار حتى ولو كان رأيها غير ملزم للجهة التي تتخذ القرار النهائي.

أما الحل الضيق فيقوم على إسناد القرار إلى الشخص أو الأشخاص الذي يكون صدور القرار متوقفاً على موافقتهم وحدهم، ومن ثم يكون الشخص أو الأشخاص الذين يستلزم القانون مشاركتهم دون أن يتوقف صدور القرار على إرضائهم خارج نطاق السلطة مصدرة القرار.

فالجهات الاستشارية التي يستلزم القانون لأخذ رأيها قبل اتخاذ قرار معين دون أن يجعل هذا الرأي ملزماً ، لا تعد في حساب السلطة التي أصدرت القرار ومن باب أولى يكون كل شخص شارك مادياً في صياغة القرار مستبعداً من تحديد السلطة مصدرة القرار، وكذلك يخرج من نطاق السلطة مصدرة القرار الأشخاص الذين يكون لهم حق اقتراح القرارات ما دامت السلطة التي تتخذ القرار النهائي غير مقيدة بهذه الاقتراحات .

لذا يرى البعض [1] أن هنالك نوعاً من السلطة للهيئات الاستشارية تختلف في مضمونها عن مفهوم السلطة في القرار الإداري تسمى بسلطة الآراء ، وهي سلطة معنوية تمارسها الهيئة الاستشارية لما تتمتع به من خبرة وكفاءة واقتدار فني وإداري ، إضافة إلى كونها تحظى بثقة واحترام الإدارة ، لذلك فإن هذا النوع من السلطة يحافظ على التخصص القانوني

[1] - د . شوقي حسين عبدالله – أصول الإدارة – دار النهضة العربية – القاهرة – 1978 – ص308 ، محمد سعيد عبدالفتاح – الإدارة العامة – المكتب الحديث – 1971 – ص 160وما بعدها .

للنشاط الاستشاري ، وليس تحديد مسؤولية إصدار القرار ، فإعطاء الرأي لا يعني سلطة التوجيه والأمر لأن الإدارة حرة بتبني الرأي أو رفضه وبهذا تنحصر سلطة الآراء في تقديم المساعدة و النصح والإرشاد.

ويرى الباحث أن الحل الأضيق الذي سبق ذكره هو الأقرب للصواب وذلك لأن العبرة بصدور القرار الإداري تكون في نهائيته وقابليته للنفاذ كما أن هنالك أمراً رئيساً يتعلق بإرادة مصدر القرار الإداري وهذه الإردة لا تتجلى في الوضوح إلا بناءً على صدور القرار الإداري وصفته النهائية .

ثانياً : من حيث الإرادة

لما كان القرار هو إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني ، فإن الأثر القانوني الذي يتركه القرار يعتمد على الإدارة ، ومما لا شك فيه أن الأثر القانوني لا يترتب إلا بناء على قانون ، وهنا يبرز دور الإرادة كشرط لإحداث هذا الأثر كون الإرادة هي التي تنشئ التصرف ، حيث لا تصرف دون إرادة.[1]

فإذا كان القرار الإداري عملاً قانونياً يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ، فإن العمل الاستشاري يصدر أيضاً من هيئات استشارية مختصة قانوناً بتقديم الآراء والمقترحات مع الأخذ بعين الاعتبار عدم اتجاه إرادتها إلى إحداث أي أثر قانوني ، لافتقارها لمثل هذا الإحداث من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الأمر متروك للسلطة الإدارية للأخذ بهذا

[1] - محمد حلمي – سريان القرار الإداري من حيث الزمان – رسالة دكتوراه – لم يذكر الناشر – القاهرة – 1962 – ص31.

الرأي من عدمه فلها أن تأخذ به ولها أن تطرحه جانباً في حالة الاستشارة الاختيارية والإلزامية ، أما في حالة الاستشارة الإلزامية مع الالتزام بالرأي الاستشاري فإن إرادة الهيئة الاستشارية مفروضة على السلطة الإدارية بحكم القانون وإن الذي ينتج الأثر هو الرأي الاستشاري في حال أخذت به السلطة الإارية مصدرة القرار مع التذكير بأن لها صلاحية أن تتوقف عن إصدار القرار الإداري برمته.

ثالثاً : من حيث الأثر القانوني

يمكن تحديد الأثر القانوني –كما أسلفنا سابقاً– الذي يمكن أن يترتب على القرار الإداري ، بأنه إنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم، وهذا ما يعبر عنه بركن المحل في القرار الإداري ، وبمعنى آخر المركز القانوني الذي تتجه إليه إرادة مصدر القرار ، لذلك فإن الأثر القانوني الذي يترتب عليه يقوم مباشرة وفي الحال.[1]

وبمفهوم المخالفة لهذا الاتجاه فإن الرأي الاستشاري هو عمل مادي ، وحيث إن العمل المادي لا يرتب أية آثار قانونية ، لأن الأعمال المادية لا يقصد بها تحقيق آثار معينة. وعلى هذا الأساس فإن القضاء الإداري المصري يميز في أحد أحكامه محل العمل القانوني عن محل العمل المادي ففي حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 6 يناير سنة 1954 قررت ((........ فمن الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل، وهو المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه

[1] - للتوسع في هذا الأمر يراجع علي خطار شطناوي – الموسوعة – مرجع سابق – ص805 ، ونواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الثاني – ص274 وما بعدها .

حالاً ومباشرة. وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها. وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية.........))[1].

وعلى هذا فإن الرأي الاستشاري ما هو إلا وقائع وأعمال مادية ليس من شأنها أن تغير في وضع قانوني قائم ولا تنشئ مراكز قانونية جديدة سواء كانت عامة أو خاصة، لذلك فإن الأعمال التحضيرية التي تسبق إصدار القرار لا تعد قرارات إدارية.[2]

ومن وجهة نظر الباحث فإن هذا التحليل يغفل أن الرأي الاستشاري يحدث آثاراً قانونية في حالة الرأي المطابق والذي يعني ، ذلك الرأي الذي إذا ما طلبته سلطة معينة، فعليها أن تلتزمه في قرارها ،إذا ما اتخذت قراراً ، أي أن يكون مضمون قرار الإدارة مطابقاً لمضمون الرأي ومع ذلك فإن السلطة الطالبة لهذا الرأي غير ملزمة باتخاذ القرار من الأصل ولكن ليس لها أن تصدر قرارها على خلاف مضمون الرأي الاستشاري وبذلك يكون الرأي الاستشاري في هذه الحالة من الوقائع المساهمة في محل القرار الإداري .

الرأي الثالث:

يرى أصحاب هذا الرأي أن العمل الاستشاري هو عمل قانوني وإجراء تحضيري يسبق القرار الإداري الذي يستند إليه [1] وقد بدأ أصحاب هذا الرأي تكييف العمل الاستشاري بنقدهم للرأي السابق وذلك على النحو التالي:

[1] - محكمة القضاء الإداري – جلسة 1954/5/6 - ذكره سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارت الإدارية – ط3 – مرجع سابق – ص329.
[2] - ثروت بدوي – مرجع سابق – ص33 .

1 . إن العمل الاستشاري ليس عملاً من جانب واحد بالمعنى الحقيقي لهذا التعبير ، وأنه إذا كان يبدو معه بعض مظاهر العمل من جانب واحد إذ يصدر من الهيئة الاستشارية وحدها ،إلا أن ذلك لا يكون كافياً لاعتباره عملاً من جانب واحد فكل الرغبات والأمنيات التي يبديها الشخص القانوني تنبثق من إرادته المنفردة ، إلا أنها لا تكون مع ذلك عملاً من جانب واحد فالقرار يمكن أن يكون متضمناً لإرادة منفردة وهو مع ذلك لا يكون قابلاً لأن يدخل في علاقة قانونية إلا بمساعدة إرادة أخرى وفي هذه الحالة لا يمكن اعتباره بمثابة عمل من جانب واحد.

2. إن العمل الاستشاري وحده ليس محلاً للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري – وذلك لأن العمل الاستشاري إجراء من الإجراءات الإدارية غير القابلة لأن تكون محلاً للمواجهة من جانب القاضي الإداري بالطعن فيها بدعوى الإلغاء– ويكاد ينعقد إجماع الفقه الإداري الأردني على أن العمل الاستشاري وأخذ الرأي مقدماً هي أعمال تحضيرية أو تمهيدية تسبق صدور القرار الإداري النهائي، تخلو من أي أثر قانوني لأنها لا تنشئ أو تعدل أو تلغي مركزاً قانونياً ، كما أنها لا تمس حقوق الأفراد.[2]

أما القضاء الإداري في كل من مصر والأردن فقد استقر على أن العمل الاستشاري هو مجرد قرار تحضيري لا يقبل الطعن بالإلغاء فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن ((....... قرار لجنة التطهير الصادر باقتراح تنحية المدعي عن وظيفة ونقله إلى

---

[1] - سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – ط7 – دار الفكر العربي – القاهرة – 1996 – ص178، الدايدموني – مرجع سابق – ص80 ، خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص355 .

[2] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص773/772 ، نواف كنعان – مرجع سابق – ص80-81 ، عمر محمد الشوبكي – القضاء الإداري – دار الثقافة – عمان – 2001 – ص301-302.

وظيفة أخرى غير رئيسية لا يعتبر قراراً إدارياً ، بل هو قرار استشاري تحضيري محض ترفعه الوزارة ومن ثم لا يقبل أن يكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري))[1] كما أنها قضت في حكم آخر لها بأن ((اقتراح مجلس كلية دار العلوم بتسوية حالة المدعي على الوجه الذي يطلبه ....ذلك أن قرار مجلس الكلية ليس قراراً إدارياً نهائياً يلتزم وزير التربية والتعليم إزاءه بإجراء معين أو تنفيذ محدد أو بعبارة أخرى باتخاذ قرار يجب عليه اتخاذه وإنما هو مجرد إجراء تمهيدي أو ترشيح ابتدائي أما المرحلة النهائية التي تؤدي إلى القرار النهائي فهي بحث مجلس الجامعة للترشيح المذكور وإصدار قرار بشأنه وعندئذ فقط يقوم القرار الإداري الذي يجوز أن يقال بالتزام الوزير إزاءه باتخاذ قرار تنفيذي وبأن عدم إصدار هذا القرار يعتبر قراراً سلبياً بالامتناع عن تنفيذ ترقية المدعي))[2].

أما محكمة العدل العليا فقد قضت بأن ((ليس لرأي اللجنة الاستشارية الفنية التي تشكل للنظر في العروض التي تقدم من المشتركين في المناقصة صيغة القرار النهائي القابل للطعن ، ولا تقبل ضدها دعوى الطعن به))[3].

((وإن القول بأن الدعوى مستوجبة الرد لعدم الاختصاص هو قول وارد لأن ما ورد في كتاب وزير الصحة المتضمن رفض طلب المستدعين بتعديل أوضاعهم الوظيفية لا يشكل قراراً إدارياً يقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا، ذلك لأن ما ورد بكتاب وزير الصحة الطعين والذي اعتبره وكيل المستدعين قراراً إدارياً لا يعدو عن كون الطلب من مدير

[1] - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 7/3274 ق – حمدي عكاشه - مرجع سابق ـ ص99.
[2] - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 8/6148 ق – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 سنة – من 1946 / 1961 – ص2298.
[3] - عدل عليا – قرار رقم 68/68 منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

مستشفى البشير إبلاغ المستدعي الأول صورة عن كتاب رئيس ديوان الخدمة المدنية والذي هو بالنتيجة عبارة عن رأي استشاري غير ملزم لوزير الصحة ولا يشكل قراراً إدارياً بالمعنى المفهوم للقرار الإداري وبالتالي تكون الدعوى مستوجبة الرد شكلاً لعدم الاختصاص))[1].

ويؤيد الباحث الرأي الذي يعد الاستشارة وما يصدر عن الجهة الاستشارية من رأي مجرد عمل قانوني تحضيري خال من أية آثار قانونية رغم أنه يمكن أن يحث آثاراً قانونية بصورة غير مباشرة إذا ما تبنته جهة الإدارة مصدرة القرار وفي هذه الحالة تنسب هذه الآثار إلى القرار الإداري النهائي لا إلى الرأي الاستشاري ويبدو ذلك جلياً في صورة الآراء المطابقة أو الرأي الاستشاري الملزم إذ يحدث تطابق بين مضمون القرار الإداري ومضمون الرأي الاستشاري وإن كان البعض يذهب إلى أن الجهة الاستشارية تصبح مساهمة في إصدار القرار [2].

---

[1] -عدل عليا – قرار رقم 97/392 منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

[2] - الدايدموني – مرجع سابق – ص66 ، وانظر علي خطار شطناوي – المرجع السابق - ص773 .

المبحث الثاني: مصادر الاختصاص الاستشاري وعناصره

من الأهمية بمكان تحديد اختصاصات وواجبات الهيئات الاستشارية وذلك لإعمال حيويتها ولوضوح نشاطها . فالاختصاص يعد جوهر العملية الاستشارية وا إنشاء هيئات استشارية متخصصة في مجالات المعرفة المتعددة مظهر حضاري متقدم.

ففكرة الاختصاص تتمثل في أن نشاطاً معيناً ينبغي أن يعهد إلى جهة معينة سواء كانت لجنة أو هيئات أو أفراداً وبذلك تصبح دون غيرها متمتعة بالصلاحية القانونية لمباشرة هذا النشاط الاستشاري ضمن القيود الموضوعية والشخصية والزمانية والمكانية.

وقواعد الاختصاص تعد من النظام العام و هذا يترتب عليه نتائج في غاية الأهمية منها أن القاضي الإداري يجب أن يتصدى لعيب عدم الاختصاص من تلقاء نفسه ولو لم يثره الخصوم ، وعدم استطاعة الجهة المختصة التنازل عن اختصاصها لجهة أخرى أو تفويضها فيه ما لم يجز القانون ذلك صراحة وعدم استطاعة الجهة المختصة تجاوز قواعد الاختصاص بحجة الاستعجال الذي قد تفرضه الظروف الاستثنائية [1] ، وهذا ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا بقولها ((إن عيب عدم الاختصاص من النظام العام تحكم به المحكمة ولو لم يثره أصحاب الشأن)) [2] كما أن محكمة العدل العليا قد قررت في هذا الشأن ((بالرجوع (للمادة 42/أ من قانون مزاولة مهنة الصيدلة رقم (3) لسنة 1972) نجد أن صاحب الصلاحية في حظر تداول الدواء هو وزير الصحة ولم يرد في هذا القانون وهو

[1] - عبد العزيز خليفة – أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري – لم تذكر دار النشر – 2003 – ص11 – 12 ، وانظر أيضاً نواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الثاني – دار الثقافة –عمان – 2009 – ص252.

[2] - المحكمة الإدارية العليا – طعن رقم 1883 لسنة 27ق جلسة 1985/6/8 مجموعة مبادئ السنة 30 – ص 1270 – بند 186.

القانون الواجب التطبيق ما يجيز لأي مسئول آخر أن يمارس هذه الصلاحية بالنيابة عن الوزير وعليه فإن القرارات السابقة للقرار المؤرخ في 1983/3/6 تكون منعدمة لصدورها من جهة غير مختصة إذ إنه من القواعد التي استقر عليها الفقه الإداري أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه ولا يحق له أن يفوض أحداً لممارستها إلا بنص قانوني صريح))[1] ، ((وآية ذلك أن الاختصاص في القانون العام ليس حقاً شخصياً متروكاً لصاحب الاختصاص يمارسه كيفما شاء بل إنه وظيفة ومهمة منوطة به ليمارسها لتحقيق المصلحة العامة))[2] .

إن خروج الإدارة على الاختصاص الاستشاري لا يؤدي إلى عيب عدم الاختصاص كما هو الحال في القواعد العامة في القرار الإداري ، ولكن الأمر يتعلق في هذه الحالة بعيب الشكل والإجراءات في القرار الإداري . لذا فإن مخالفة الاختصاص الاستشاري باتخاذ إجراء مخالف يتصف بعدم المشروعية لما يؤدي إليه من تعديل في شروط ومجال تطبيق القانون على خلاف إرادة المشرع ، كما أنه غالباً ما يكون مصحوباً بالاستناد إلى أسباب غير حقيقية وا إغفال بعض الشكليات[3] وبخاصة الجوهرية منها ، ومن أجل ذلك كان لابد من البحث في مفهوم الاختصاص الاستشاري وذلك من حيث المصادر في مطلب أول ، ومن ثم عناصر هذا الاختصاص في مطلب ثان .

---

[1] - عدل عليا 1983/6/22– مجلة نقابة المحامين – 1983 – ص 275.
[2] - عدل عليا 1985/1/8 – مجلة نقابة المحامين – 1985– ص 72.
[3] - ياسين كريم الحلفي – مرجع سابق – ص74.

المطلب الأول: مصادر الاختصاص الاستشاري

تقسم مصادر الاختصاص بشكل عام إلى مكتوبة و غير مكتوبة غير أن موضوع الاختصاص الاستشاري يتمتع بنوع من الخصوصية، وعليه سوف ندرس هذا الموضوع في بندين نبحث في الأول المصادر المكتوبة ونتناول في الثاني المصادر غير المكتوبة.

أولاً : المصادر المكتوبة

تشمل المصادر المكتوبةللاختصاص الاستشاري كلاً من التشريع والقضاء .

1: التشريع

تمارس الجهات الاستشارية بكافة أشكالها –أفراداً وهيئات ولجاناً – مهامها وفق نصوص قانونية تحدد اختصاصاتها وتمثل السند القانوني للآراء الاستشارية ، وقد ترد هذه النصوص في أي درجة من درجات هرم تدرج القواعد القانونية سواء كانت تلك النصوص في رأس الهرم متمثلة بالقواعد الدستورية أو في قاعدة الهرم كما هي التعليمات. وعلى ذلك فإن مصادر الاختصاص الاستشاري تتنوع تبعاً إلى النص الذي يحدده وتبعاً لذلك تتنوع أهمية الاختصاصات الاستشارية وفيما يلي بيان ذلك :

أ – الدستور

نظراً لطبيعة القواعد الدستورية والتي تختص بوضع المبادئ الأساسية للنظام القانوني في الدولة فإنه يندر أن تر د به قواعد الاختصاصات الاستشارية ومع ذلك تعتبر القواعد القانونية الواردة في وثيقة الدستور مصدراً مهماً لبعض الاختصاصات الاستشارية التي ترد فيها مما يدل على أهمية هذه الاختصاصات لأنها تحدد ماهيتها والجهات التي تمارسها كما أنها

تنظم المسائل المتعلقة بها ، ومثال ذلك ما نص عليه الدستور الفرنسي لعام 1958 في المادة 16 منه من قيام المجلس الدستوري بدور المستشار لرئيس الدولة في عدد من الأمور التي حددها النص [1]، ومن وجوب استشارة مجلس الدولة في كل مشاريع القوانين التي تقترحها الحكومة إلى جانب أمور أخرى أوردتها النصوص الدستورية ، كما أن المادة 37\2 نصت على أن النصوص التي تأخذ شكل تشريع وتتدخل في موضوعات لائحية قبل دخول الدستور في النفاذ لا يجوز تعديلها بمر اسيم إلا بعد استشارة مجلس الدولة [2] .

كذلك ما نص عليه الدستور المصري لسنة 1971 من اختصاصات استشارية أناطها بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومن أمثلة هذه النصوص ما نصت عليه المادة 194 بإنشاء مجلس الشورى ليمارس اختصاصه في إبداء الرأي في المسائل التي نصت عليها المادة 195 ومنها الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ومشروعات القوانين المكملة للدستور ومشروع الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية ، وما نصت عليه المادة 164 من الدستور ذاته بإنشاء مجالس متخصصة على المستوى القومي تعاون في رسم السياسة العامة للدولة في جميع مجالات النشاط القومي .

ولم يجد الباحث في الدستور الأردني لعام 1952 ما ينيط أية اختصاصات استشارية لأي جهة ما وإن كانت مثل هذه الاختصاصات وجدت في أنظمة صدرت استناداً إلى نصوص دستورية كما هو حال نظام ديوان التشريع والرأي رقم 1 لسنة 1993والصادر استناداً للمادة 120 من الدستور الأردني .

---

[1] - نعمان الخطيب – الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري – ط1 – دار الثقافة – عمان – 1999 – ص548-550.
[2] - الديداموني مصطفى أحمد – مرجع سابق – ص15.

ولا شك أن النص على الاختصاص الاستشاري في الدستور يمثل ضمانة بالغة الأهمية بالنسبة للجهة الاستشارية التي ترقى إلى مرتبة المؤسسة الدستورية كما يمثل كذلك ضمانة لاحترام الرأي الاستشاري.

ب – القانون العادي

يحتل القانون العادي الدرجة الثانية وفقاً لقاعدة تدرج القواعد القانونية بعد الدستور ويعتبر القانون العادي مفصلاً لما جاء في الدستور من قواعد عامة في كثير من الأحيان وبالتالي فإن الاختصاص الاستشاري يجد أساسه في كثير من النصوص القانونية العادية ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي من اختصاصات استشارية لمجلس الدولة تتمثل في وظيفة الإفتاء وا إبداء الرأي في المسائل التي تعرض عليه من الإدارة وصياغة مشاريع القوانين والقرارات التنظيمية التي تصدرها الإدارة [1] . وفي التشريع المصري هنالك العديد من نصوص القانون التي أوجدت العديد من الاختصاصات الاستشارية ومن ذلك ما نصت عليه المادة 63 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 بوجوب عرض مشاريع القوانين أو اللوائح بقوانين على قسم التشريع بالمجلس لمراجعة صياغته، وكما تقضي المادة الأولى من قانون الحكم المحلي رقم 43 لسنة 1979 بضرورة موافقة المجلس الشعبي المحلي للمحافظة على إنشاء المراكز والمدن والأحياء والقرى قبل صدور قرار من السلطة المختصة .

وفي التشريع الأردني هنالك العديد من النصوص القانونية العادية التي أوجدت اختصاصاً استشارياً لجهات استشارية نذكر منها على سبيل المثال ما ورد في المادة 37 من قانون البنوك رقم 28 لسنة 2001 التي تنص على أن يمارس البنك وفقاً لترخيص من البنك

[1] - د. خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص349 .

المركزي عدداً من الأنشطة المالية التي حددتها المادة ومنها تقديم الخدمات الاستشارية للمحافظ الاستثمارية ، وما جاء في المادة 7/ب من قانون الطاقة النووية والوقاية الإشعاعية رقم 29 لسنة 2001 من أن يتولى مجلس الطاقة النووية تشكيل اللجان الاستشارية والفنية اللازمة لمساعدة الهيئة في تنفيذ مهامها . كذلك ما نصت عليه المادة 10/ج من قانون السلطة البحرية الأردنية رقم 46 لسنة 2006 بأنه لمجلس السلطة أن يقرر دعوة أي شخص من ذوي الخبرة والاختصاص لحضور اجتماعاته للاستئناس برأيه في الموضوعات المطروحة عليه دون أن يكون له حق التصويت .

ج – الأنظمة

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي للدلالة على طبيعة القواعد التي تتضمنها من حيث العمومية والتجريد وتسمى في بعض التشريعات باللوائح* . ويعرف النظام بأنه عمل إداري صادر عن السلطة التنفيذية ويتضمن قواعد عامة ومجردة تطبق على طائفة معينة من الأفراد بالقوة عند الاقتضاء وبذلك يلزم الأفراد بإحكام هذا النظام دون أن يؤخذ رأيهم وموافقتهم عليه مسبقاً [1] .

وقد يستند الاختصاص الاستشاري إلى نظام يبين الجهة المنعقد لها إبداء الرأي الاستشاري واختصاصاتها دون غيرها ومثال ذلك في التشريع الأردني ما ورد في المادتين 29 و 53 من نظام التشكيلات الإدارية رقم 47 لسنة 2000 بتشكيل مجالس استشارية على مستوى المحافظات والألوية من الأعضاء المنصوص عليهم للقيام بالمهام المنوطة بهم والتي حددها

* كما هو حال المشرع المصري الذي يطلق تسمية اللوائح على مثل هذه القواعد القانونية .
[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص 44.

النص المشار إليه . كذلك ما نص عليه نظام ديوان التشريع والرأي رقم 1 لسنة 1993 في المادتين 13 و 14 من انعقاد الاختصاص للديوان فيما يخص صياغة القرارات التنظيمية ، وما نصت عليه المادة الخامسة من نظام الرفق بالحيوان رقم 11 لسنة 2010 من تشكيل لجنة استشارية تعنى باقتراح الخطط والبرامج المتعلقة بالرفق بالحيوان ومهام أخرى ذكرها النص .

كما أن التشريع المصري يزخر بمثل هذه النصوص اللائحية والتي أوجدت اختصاصات استشارية للعديد من الجهات الاستشارية ، ونذكر منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة الثانية من قرار وزير العدل رقم 4597 لسنة 2000 والخاص بتنظيم عمل الأمانة الفنية للإدارة العامة لشؤون لجان التوفيق في المنازعات وذلك عندما نصت على أن الأمانة الفنية تعد مذكرة برأيها بشأن كل طلب يقدم إليها وترفعه لمساعد وزير العدل ، كما أن المادة الثانية من اللائحة الداخلية لمجلس الشورى بينت اختصاص مجلس الشورى في إبداء الرأي في العديد من المسائل التي ذكرها النص .

د – التعليمات

من المتفق عليه أن التعليمات تنشئ حقوقاً و مراكز قانونية للأفراد [1]، وبالتالي فإن القرارات الإدارية المخالفة لأحكامها لا تكون مشروعة ، فقد اعتبرت محكمة العدل العليا أن

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص46.

التعليمات الإداريةتعد مصدراً من مصادر المشروعية ، و تولت تقدير مشروعية العديد من القرارات الفردية الصادرة استناداً للتعليمات الإدارية ومن ذلك حكمها عندما قضت ((وأنه لما كانت دراسة المستدعي 36 ساعة معتمدة نصف سنوية في العلوم الهندسية فقط وهي أقل بكثير عن الحد الأدنى المطلوب وفقاً للمادة الرابعة من تعليمات القواعد والأسس لمعادلة الشهادات غير الأردنية فإن القرار المطعون فيه (بعدم معادلة الشهادة) متفق مع القانون وغير مشوب بعيب يبطله))[1] ويبنى على هذا إذا كانت محكمة العدل الأردنية تعترف بالتعليمات الإدارية كمصدر من مصادر المشروعية فإنه لا يوجد بذلك ما يمنع من أن تكون التعليمات مصدراً من مصادر الاختصاص الاستشاري وخير دليل على ذلك ما ورد في بلاغ رئاسة الوزراء الأردنية رقم 30 لسنة 1994 والخاص بإحداث وحدات قانونية في الدوائر الحكومية حيث منحت هذه التعليمات اختصاصاً استشارياً لهذه الوحدات بموجب المادة 8/ 1، 2 ، 5 .

2: القضاء

يلعب القضاء الإداري دوراً مهماً في إنشاء قواعد القانون الإداري بشكل عام وقواعد الإجراءات الإداريةبشكل خاص ويأخذ القضاء الإداري في هذا المجال دوراً كبيراً بحكم أن القانون الإداري هو قانون غير مقنن ، فالقاضي الإداري يتولى تفسير النصوص القانونية

[1] - عدل عليا 17/ 6 / 1989– مجلة نقابة المحامين –1990 – ص463.

وعن طريق هذا التفسير ينشئ قواعد إجرائية كما أنه في حالة غياب النص التشريعي يتولى استخلاص الحل بنفسه استقلالاً عن النصوص ، ففي حالة وجود نص تشريعي محدود فإن القضاء الإداري في هذه الحالة يعمل على استخلاص كل الحلول المكملة أو المتممة له ويلاحظ أن القضاء في إنشائه لهذه القواعد إنما يبحث عن إرادة المشرع وهو يستخلصها من مجموعة القواعد والإجراءات التي تضعها النصوص التشريعية ومن التنسيق بين هذه النصوص .

لقد أنشأ القضاء الإداري وابتدع العديد من قواعد الإجراءات والأشكال في مجال القرار الإداري ومن أمثلة ذلك في مجال الاختصاص الاستشاري ما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية من أنه ((لا يكون لرئيس ديوان المحاسبة حق قانوني في إحالة موظفي الديوان على التقاعد أو التنيب لمجلس الوزراء في هذا الشأن وا ٍن من المستحسن أخذ رأيه قبل النظر في إحالة المستدعي على التقاعد))[1] وبهذا لا يوجد ما يمنع من أن ينشئ القضاء الإداري اختصاصات استشارية متى ما وجد ضرورة لإيجادها .

[1] - عدل عليا – قرار رقم 3/ 1973 – مجلة نقابة المحامين العدد 3 – 4 سنة 1973 – ص1500.

ثانياً :المصادر غير المكتوبة

تتمثل المصادر غير المكتوبة للاختصاص الاستشاري في العرف الإداري والمبادئ العامة للقانون.

1: العرف الإداري

يقصد بالعرف الإداري ما جرت السلطة الإدارية على إتباعه من قواعد في مباشرة وظيفتها بصدد حالة معينة بالذات دون أن يكون لهذه القواعد سند أو أساس من النصوص التشريعية [1].

ويعرفه آخر بأنه سير الإدارة على نمط معين في عملها مع تكرار إتباع هذه القاعدة بشكل منتظم ومستمر بما يؤدي في النهاية إلى ترسيخ الاعتقاد لدى الإدارة والأفراد بأنها قد أصبحت ملزمة وواجبة الاحترام [2]، وفي اعتقاد الباحث الشخصي أن التعريف الثاني جاء مناسباً وذلك لإشارته في صلب التعريف إلى أركان العرف ألا وهو الركن المادي المتمثل بالعادة التي تنتظم الإدارة في سلوكها والركن المعنوي الذي يعني شعور الإدارة الراسخ بإلزامية مثل هذا السلوك .

كما أن المحكمة الإدارية العليا بمصر عرفته بأنه تعبير اصطلح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على إتباعها في مزاولة نشاط معين لها وينشأ من

[1] - محمود حافظ – القضاء الاداري – دراسة مقارنة – ط3 – الناشر غير مذكور– 1966 – ص36.
[2] - عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1996 – ص30 .

استمرار الإدارة التزامها لهذه الأوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة [1].

فمتى ما سلكت السلطة الإداريةمسلكاً معيناً في استشارة جهة معينة عند إصدارها قراراتها وشعرت أن مثل هذا المسلكأصبح إلزامياً لها فإننا نكون بصدد اختصاص استشاري مصدره العرف الإداري.

2 : المبادئ العامة للقانون

تعتبر المبادئ العامة للقانون من المصادر المهمة لقواعد القانون الإداري بشكل عام والقواعد الإجرائية في القرار الإداري بشكل خاص ، وقد يلجأ القضاء لاستنباط هذه المبادئ من إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير . وقد أثبت القضاء الإداري في مصر قدرته على الكشف عن هذه المبادئ في القانون الإداري بصفة عامة[2]، وفي مجال الإجراءات الإدارية بصفة خاصة فلقد قررت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن ((أن ثمة قاعدة مستقرة في الضمير تمليها العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص يقررها وهي أن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا يكون قد كتب أو استمع أو تكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه في المتهم بما يكشف لهذا مصيره مقدماً بين يديه فيزعزع ثقته فيه أو يقضي على اطمئنانه إليه))[3] وقضت محكمة العدل العليا بأن ((المبادئ العامة للقانون كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية لا ترقى إلى درجة النصوص القانونية ، وهي المبادئ التي

[1] - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات 1955 – 1965 ـ القضية رقم 1177 لسنة 5 ق جلسة 24 / 6 / 1962– ص1038.
[2] - الديداموني مصطفى أحمد – مرجع سابق – ص37.
[3] - حكم المحكمة الإدارية العليا – الدعوى رقم 108 لسنة 2ق – مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ـ السنة الأولى ـ ص613.

يستمدها القاضي على أساس رضاء مفترض من المشرع من إرادة الشعب والمثل العليا التي تقوم عليها مبادئ المجتمع والضمير العام للجماعة ،فضلاً عن أن هذه المبادئ ليس لها مدلول محدد ، والمطالبة باعتبارها في مرتبة النصوص التشريعية يؤدي إلى نتائج غير مقبولة نظرياً وعملياً لأنه يعني منح القاضي سلطة استخلاص نصوص قانونية من مبادئ غامضة ومجملة وعامة ،وهذا يشكل افتئاتاً على سلطة التشريع .....))[1].

فهذه المبادئ التي يكتشفها القضاء الإداري تقرر اختصاصات استشارية يتعين على الجهات الإدارية أن تلتزم بها عند إصدارها لقراراتها.

المطلب الثاني:عناصر الاختصاص الاستشاري

يتحدد الاختصاص الاستشاري بمجموعة من العناصر يتعين التقيد بها لكي يصدر الرأي الاستشاري صحيحاً خالياً من العيوب وسنبحث تباعاً في تلك العناصر، حيث سنتناول في البند الأول الاختصاص الاستشاري الشخصي والموضوعي ومن ثم في البند الثاني عنصري الاختصاص الاستشاري ألزماني والمكاني .

أولاً : عنصرا الاختصاص الاستشاري الشخصي والموضوعي

سنبحث في هذا الموضع عنصراً الاختصاص الاستشاري الشخصي والموضوعي وفيما يلي بيان ذلك.

1: العنصر الشخصي

[1] - عدل عليا – قرارها رقم 1997/237 – تاريخ 1997/11/12 – غير منشور.

يقصد بالعنصر الشخصي أن المشرع يعطي التأهيل القانوني لممارسة الاختصاص الاستشاري لفرد أو جهة بعينها بحيث إذا مارس هذا الاختصاص غير هذه الجهة –فرداً كان أو هيئة – فإن هذا الرأي يكون مخالفاً للقانون وغير سليم[1] .

وعلى ذلك فإن الجهة الاستشارية لابد أن يكون قد صدر قرار بتعيينها أو تشكيلها وأن يكون هذا القرار صحيحاً سواء من حيث صدوره من جهة الاختصاص أو من حيث توافر جميع الشروط القانونية في الشخص الذي عين أو في الأعضاء الذين تم تعيينهم إن كانت الجهة الاستشارية لجنة أو مجلساً [2].

فإذا أوجب القانون صدور الرأي من موظف معين فلا يغني عن ذلك أخذ رأي موظف آخر ولو كان رئيسه [3]، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بما يلي ((...... عني المشرع وحرص على أن يجعل إبداء الرأي في منح الإجازة الخاصة بمرافقة الزوج من شأن مجلس القسم المختص وحده......... ولا يجدي في تحقيق ذلك الاكتفاء بعرض الموضوع على مجلس الكلية أو أن ينفرد رئيس القسم بإبداء الرأي في هذا الشأن....))[4]وا ٕذا استلزم القانون صدور الرأي من موظف فلا يغني عن ذلك صدوره من لجنة يكون الموظف عضواً فيها كذلك الحال أن يصدر الرأي الاستشاري من نقيب بدلاً من مجلس النقابة وا ٕذا حدد القانون أكثر من هيئة أوجب استشارتها قبل إصدار القرار فإن القرار

---

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص689.
[2] - بشار عبد الهادي – التفويض في الاختصاص – دراسه مقارنة – ط1982 ـ لم يذكر الناشر ـ ص36 .
[3] - سليمان الطماوي – مرجع سابق – ص355 وانظر أيضاً سامي جمال الدين ـ مرجع سابق ـ ص445.
[4] - المحكمه الإدارية العليا – طعن رقم 2118 لسنة 31ق – مجموعة الأحكام – لسنة 33 ـ ج1ـ ص 487-488 .

الإداري يكون معيباً إذا صدر دون الإشارة إلى آراء جميع اللجان التي حددها القانون [1] وبالتسلسل الذي فرضه [2].

كما أنه لا يجوز التفويض أو الإنابة في ممارسة الاختصاص الاستشاري ما لم يجز القانون ذلك ، وبناءً عليه قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا طلب أحد الوزراء الرأي من إحدى اللجان قبل إصدار القرار ففوضت اللجنة بدورها الرأي للوزير فإن هذا الرأي يكون باطلاً ويترتب عليه تعيب القرار بعيب الشكل [3] ، كما أن محكمة العدل العليا أكدت بدورها هذا المبدأ بقولها ((إذا انيطت صلاحية بمرجع معين فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه ولا يحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص قانوني صريح))[4] وأن ((التفويض يخول المفوض الصلاحية التي كانت لصاحب الاختصاص بشروطها القانونية))[5].

وبناءً على ما سبق يرى الباحث أن ممارسة الاختصاص الاستشاري في ضوء العنصر الشخصي تثير عدة مسائل على النحو التالي:

تظهر أهمية العنصر الشخصي في عملية التصويت وهذا يبدو جلياً عندما يمنح القانون رئيس الجهة الاستشارية الصوت المرجح عندما تتعادل أصوات اللجنة ففي هذه الحالة لا يمكن تحقيق نصاب الأغلبية دون هذا الصوت لأن هذا الصوت لا يتمتع به بقية أعضاء اللجنة وبذلك لا يجوز لرئيس الهيئة الاستشارية التخلي عنه .

---

[1] - عمر محمد الشوبكي – القضاء الإداري – ط1 – دار الثقافة – عمان – 2001 – ص302.
[2] - سليمان الطماوي – مرجع سابق – ص355.
[3] - قرار مجلس الدوله جلسة يوم 1958/6/4 ذكره خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص350.
[4] - محكمة العدل العليا – 83/68 المجلة العدد 1- 2 لسنة 1985 – ص72 .
[5] - محكمة العدل العليا – 79/41 المجلة العدد 2 لسنة 1980– ص 164.

كذلك تظهر أهمية هذا العنصر في عدم جواز أن تتخلى الهيئة الاستشارية عن ممارسة اختصاصها أو أن تعهد به إلى غيرها ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك ومن المستبعد في هذا المجال أن يرد جواز قانوني بذلك وذلك لأن من شأن هذه الإجازة أن تفقد الاستشارة حكمتها لأن الجهة الاستشارية مكونة من عناصر ذوي مؤهلات ومواصفات معينة وخبرات عالية ومنه فإن القول بمثل ذلك سوف يفقد العمل الاستشاري أهميته .

هنالك مبدأ عام تتفق عليه أغلب النصوص القانونية في المجال الاستشاري وهو جواز دعوة ذوي الخبرة والاختصاص لحضور اجتماعات الهيئة الاستشارية من غير الأعضاء الأصليين على أن لا يكون لهم حق التصويت وعلى ذلك إذا أعملت الهيئة الاستشارية هذا الجواز ينبغي أن يكون في الحدود وضمن القيود التي يوردها النص القانوني وإلا كانت ممارسة الاختصاص الاستشاري معيبة .[1]

2: العنصر الموضوعي

ويعني هذا العنصر وجوب صدور الرأي الاستشاري عن الجهة الاستشارية التي تملك قانوناً التصدي لموضوعه والتقرير فيه حيث يحدد المشرع لكل جهة استشارية اختصاصاً محدداًلا يجوز لها أن تتجاوزه إلى اختصاص مقرر لجهة أخرى وإلا كان رأيها معيباً [2] وبهذا يتبين الفرق بين عنصر الاختصاص الشخصي والموضوعي ، فالجهة الاستشارية مؤهلة قانوناً لإبداء الرأي ولكن ليس في موضوع الرأي الذي ستصدره وآية ذلك أن قواعد

---

[1] - سليمان الطماوي – النظرية العامة - مرجع سابق – ط3 – 1966 – ص310.

[2] - نواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الثاني – دار الثقافة – عمان – 2009– ص 260 - بتصرف.

توزيع الاختصاص تحدد عادة المجالات والموضوعات التي تندرج ضمن دائرة اختصاص كل جهة استشارية وبهذا يتمثل العيب في هذه الحالة في إصدار الجهة الاستشارية رأيها الاستشاري في موضوع غير مخولةقانوناً بالبحث فيه [1].

إن قواعد الاختصاص – بشكل عام والاختصاص الاستشاري بشكل خاص – لا تتناول فقط تحديد الأشخاص والهيئات التي يتعين عليها ممارسة نشاط معين أو تصرفات معينة وا ِنما تتناول أيضاً تحديد أنواع التصرفات أو القرارات التي يجوز اتخاذها من قبل هذه الجهات وتدخل ضمن الموضوعات المحددة لها وبذلك لا يجوز لها أن تمتنع عن ممارسة هذه الاختصاصات كما سبق و بينا .

فإذا كان مجلس الدولة الفرنسي مثلاً يقوم بدور استشاري إلى جانب دوره القضائي فإن اختصاصه الاستشاري هذا يباشر على نحو من التخصص من قبل أقسامه الستة ، قسم الشؤون المالية وقسم الشؤون الداخلية وقسم الشؤون الاجتماعية وقسم الأشغال العامة وقسم الادارة وقسم التقارير والدراسات [2].

وكذلك فإن مجلس الدولة المصري هو الآخر يقوم بنشاط استشاري إلى جانب اختصاصه القضائي فإن اختصاصه الاستشاري يمارس على نحو من التخصص من قبل قسمي الفتوى والتشريع ، وقسم الفتوى مثلاًيتكون من عدة إدارات متخصصة ويرأس كل منها مستشاراً أو مستشار مساعد ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية. [3]

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص710.
[2] - ياسين الحلفي – مرجع سابق – ص81.
[3] - راجع في ذلك نصوص قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

وعلى الرغم من أن القانون الحالي يفصل بين قسمي الفتوى والتشريع ولكن حرصاً منه على قيام الصلة والترابط بينهما نص على تشكيل جمعية عمومية واحدة للقسمين تكون برئاسة أحد نواب رئيس مجلس الدولة وعضوية نائب رئيس المجلس بقسمي الفتوى والتشريع ومستشاري قسم التشريع ورؤساء إدارات الفتوى وتختص بإبداء الرأي مسبباً في مسائل وموضوعات معينة حددها القانون . كذلك المشرع الأردني أناط بمجلس الخدمة المدنية اختصاصاً موضوعياً استشارياً حسب نص المادة 8 / أ / 4 ، 5، 6 من نظام الخدمة المدنية رقم 30 لسنة 2007 وتعديلاته ،وذلك عندما نصت حصراً على أن المجلس هو صاحب الاختصاص الأصيل في تقديم التوصيات وا إبداء الرأي في المواضيع المتعلقة بسياسة إدارة الموارد البشرية وتنميتها في الخدمة المدنية ،وا إعادة هيكلة أجهزة الخدمة المدنية والعمل على تطويرها ، والتشريعات المتعلقة بأنظمة التنظيم الإداري للدوائر المحالة إليه من الدائرة المعنية بعد دراسته من لجنة تشترك فيها وزارة تطوير القطاع العام وديوان الخدمة المدنية والدائرة المعنية تمهيداً لاستكمال الإجراءات اللازمة لإصدارها .

ثانياً :عنصرا الاختصاص الاستشاري المكاني وألزماني

1: العنصر المكاني

يتمثل عنصر الاختصاص المكاني في تحديد النطاق الإقليمي أو المكاني لاختصاص الجهة الإدارية[1] وبذلك يتوجب عليها احترام الحدود الإقليمية لاختصاصها فلا تملك حين ممارستها النشاط الإداري تجاوز هذه الحدود . ويمكن قياس هذا التعريف على الاختصاص

[1] ـ نواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص261.

الاستشاري المكاني للجهات الاستشارية فلا يكون لها اختصاصات استشارية خارج الحدود الإقليمية المخصصة لها.

ومن الجدير ذكره أن اختصاص الجهات الاستشارية المركزية غالباً ما يكون كامل إقليم الدولة ومثال ذلك مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري وديوان التشريع والرأي في الأردن ، في حين يتولى النص تبيان الحدود الإقليمية للجهات الاستشارية اللامركزية[1]، كما أنه يجب الملاحظة أنه إذا اشترط المشرع إبداء الرأي من قبل جهة استشارية في مكان رسمي ومحدد فإنه في مثل هذه الحالة وجب احترام إرادة المشرع فإذا اشترط المشرع اجتماع مجلس أو لجنة استشاريةمختصة بإبداء رأيها في موضوع ما في المكان المعد لذلك قانوناً فإذا تم الاجتماع في غير هذا المكان أصبح الرأي معيباً [2].

وعلى ذلك فقد تنشأ هيئات استشارية ويتحدد لها نطاق إقليمي لمباشرة اختصاصها ومن ذلك على سبيل المثال المحاكم الإدارية للأقاليم في فرنسا التي تباشر مهمة الاختصاص القضائي الإداري على مستوى الأقاليم بالإضافة إلى مباشرتها للاختصاص الاستشاري للإدارة الإقليمية على غرار ما يقوم به مجلس الدولة بالنسبة لدوره الاستشاري للسلطة المركزية [3] ،وهذا ما نلاحظه أيضاً في الأردن من وجود مجالس استشارية على مستوى المحافظات .المنصوص عليها في نظام التشكيلات الإدارية رقم 47 لسنة 2000 فاختصاص هذه المجالس محصور ومقيد وفق نطاق إقليم المحافظات وكما هو حال المجالس الشعبية المحلية للمحافظات في مصر .

---

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص715.
[2] - نواف كنعان – مرجع سابق – ص261.
[3] - سليمان الطماوي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – ط1976– ص94-96.

ونلاحظ أن الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري في كل من مصر والأردن وحتى فرنسا تتسم بالندرة مما يحول دون التحديد الدقيق لهذا المظهر من مظاهر الاختصاص الاستشاري ونورد حكماً هنا لمحكمة العدل العليا وعلى سبيل الاستئناس به لا أكثر حيث قضت أنه ((بعد التدقيق نرى أن صلاحية المحافظ بمقتضى النظام الإداري رقم 2 لسنة 1939 تمتد إلى الزرقاء والأزرق ولم نجد أي نص يحد من هذه الصلاحية كما يزعم المستدعي))[1].

وتأسيساً على ما سبق فإن الإدارة مقيدة باستطلاع الرأي الاستشاري من الجهة المختصة مكانياًبإصداره وا ٍن لم يتم الأموفق ذلك كان القرار الصادر بناء ً على هذا الرأي معيباً من الناحية الشكلية والإجرائية.

2: العنصر ألزماني

إذا كان لكل اختصاص استشاري نطاق موضوعي ومكاني محدد يتعين احترامه فإن له أيضاً نطاقاً زمنيايجب أن يمار س خلاله ، ويتمثل العنصر الزمني في تحديد الفترة الزمنية التي يجوز خلالها إصدار الرأي الاستشاري وغالباً ما تنحصر هذه الفترة بين بداية تعيين الجهة الاستشارية وتاريخ انتهاء اختصاصها [2] ،فصدور الر أي الاستشاري من الجهة الاستشاريةفي وقت لا تكون مختصة قانوناً فيإصداره يجعل هذا الرأي معيباً ويبنى على ذلك عيبلحيق بالقرار الإداري الصادر بناء ً عليه [3] .وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة

[1] - عدل عليا – 1952/10/1 مجلة نقابة المحامين – 1953 – ص97.
[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة – مرجع سابق – ص57.
[3] - عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – منشأة المعارف – الإسكندرية – 1996 – ص588 وما بعدها .

الفرنسي بإبطال قرار إداري صادر بناءً على رأي استشار ي تم اتخاذه من قبل هيئة استشارية قبل نشر مرسوم إنشائها [1].

فالأحكام القانونية هي التي تحدد الفترة الزمنية التي تكون فيها الجهات الاستشارية مؤهلة قانوناً لإصدار الآراء الاستشارية فمن المتفق عليه أن مزاولة الصلاحيات الاستشارية موقوتة بأجل معين تنتهي بانتهاء ذلك الأجل إذ لا يمكن التصور أن يكون هنالك اختصاص استشاري لإحدى الجهات مؤبد وغير مقيد بزمن معين .

ويمكن لنا تحديد اختصاص الجهات الاستشارية زمنيا من النواحي التالية :

1. لا تملك الجهات الاستشارية مباشرة اختصاصها قبل بدء سريان تأهيلها القانوني كإصدار موظف رأي استشاري قبل تعيينه أو أن يصدر رأي استشاري من لجنة أو مجلس لم يكن قد صدر قرار بتشكيله.

2. لا تملك الجهات الاستشارية إصدار آرائها الاستشارية بعد زوال تأهيلها القانوني كقيام مجلس أو هيئة استشارية بإبداء آراء بعد انتهاء مدة ولايته القانونية فقد قضت محكمة العدل العليا في هذا المعنى من ((إنه ومن الثابت بالمستندات المبرزة وأقوال الفريقين أن تعيين مجلس إدارة المؤسسة كان بتاريخ 1971/8/23 فإن مدته تنتهي بتاريخ 1975/8/22 عملاً بالفقرة المشار إليها وحيث إنه بعد تاريخ انتهاء مدة المجلس وقبل صدور القرار بإنهاء خدمة المستدعي لم يصدر قرار من المرجع المختص بتشكيل مجلس إدارة جديد فإن قرار إنهاء الخدمة يعتبر مخالفاً للقانون لصدوره من مجلس بعد انتهاء مدته))[2].

[1] - حكم مجلس الدولة الفرنسي جلسة يوم 1950/3/22 – أشار له خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص350.
[2] - عدل عليا 1979/6/10– مجلة نقابة المحامين – 1979 – ص171.

3. لا يجوز للهيئات والجهات الاستشارية أن تمارس نشاطها إلا أثناء انعقاد جلساتها في شكلها الأصولي فإذا كان القانون قد حدد لها أدوار انعقاد وجب عليها أن تباشر نشاطها أثناء هذه المدد [1] .

فالاستشارة مهما كان نوعها يجب أن تسبق اتخاذ القرار الإداري الذي يستند إليها ويترتب على ذلك أن عرض موضوع القرار على الجهة الاستشارية بعد اتخاذه لا يصحح القرار الذي ولد معيباً من حيث الشكل والإجراءات وفي هذا الصدد تقضي محكمة العدل العليا بأنه ((.......... لا يصحح القرار المطعون به أخذ الاستئناس بعد صدور القرار........ إذ يشترط القانون أن يجري الاستئناس قبل إصدار القرار أو وقت إصداره))[2] .

كما أنه إذا استلزم القانون استشارة عدة جهات وحدد لها ترتيباً زمنياً خاصاً وجب احترام هذا التسلسل [3] ،وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا ببطلان تقرير كفاية أحد العاملين لأن الإدارة عرضت التقرير على رئيس لجنة شؤون العاملين مباشرة دون أخذ رأي الرئيس المباشر للمدعي [4].

وقد ثار جدل فقهي حول المدة الزمنية بين إبداء الرأي الاستشاري وا إصدار القرار الصادر بموجبه فيرى جانب من الفقه [5] أن القرار الإداري يجب أن يصدر خلال مدة معقولة من تاريخ إبداء الرأي الاستشاري وذلك لأن المشرع إنما يريد أن يضع المركز الواقعي بكامل تفاصيله أمام الجهة الإدارية مصدرة القرار فإذا مضت مدة طويلة استوجب عرض الأمر

---

[1] - ياسين الحلفي – مرجع سابق – ص81.
[2] - عدل عليا 81/137 مجلة نقابة المحامين – العدد 9 لسنة 1983 – ص1227.
[3] - سامي جمال الدين – مرجع سابق – ص445.
[4] - المحكمه الإدارية العليا – طعن رقم 3266 – مرجع سابق – ص1227.
[5] - سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – ط7 – دار الفكر العربي – القاهرة ـ 1996 – ص178 ،وانظر أيضاً مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص491 ، عبد العزيز خليفة – مرجع سابق ـ ص 113- 114 ، خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص351 .

عليها من جديد فقد يكون لها رأي آخر يستنير به مصدر القرار وقد ذهب القضاء الإداري المصري هذا المنحى حين قضى أنه" إذا حتم القانون أن يكون فصل العامل بقرار يصدره وكيل الوزارة بعد أخذ رأي اللجنة الفنية المختصة بتأديب العمال وأصدرت اللجنة الفنية رأيها بالفصل ثم مضت مدة ثلاثة أعوام فإن وكيل الوزارة لا يستطيع الاعتماد على رأي اللجنة السابق وإنما يجب عرض الأمر عليها من جديد فربما يكون لها رأي آخر يستنير به وكيل الوزارة قبل إصدار قرار الفصل" [1] .

في حين ذهب جانب آخر إلى أنه ليس للفترة الفاصلة بين إبداء الرأي الاستشاري وإصدار القرار النهائي أي تأثير على مشروعية القرار الإداري ما لم تحدث ظروف جديدة ينشأ عنها تغيير جوهري في الظروف القانونية أو الواقعية للقرار بما يستوجب رأياً استشارياً جديداً [2].

ويرى الباحث أنه لابد من أن تكون الفترة ما بين إبداء الرأي الاستشاري وإصدار القرار الإداري فترة معقولة وذلك حتى يكون هنالك استقرار للمراكز القانونية الإدارية مما يعود بالنفع على المصلحة العامة وانتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد هذا من جهة ، ومن جهة أخرى عدم المساس بالحكمة من وجود الآراء الاستشارية كما أوردها الجانب الأول من الفقه .

وخلاصة ما تقدم فإن الاختصاص الاستشاري تحكمه عناصر مهمة لا يجوز مخالفتها أو الخروج عنها ، لأن عدم الالتزام بهذه العناصر يعني الخروج على مبدأ المشروعية ومما ينعكس سلباً على وجود القرار الإداري الذي يكون عرضة للإلغاء ، على أنه لابد من التأكيد

---

[1] - حكم المحكمة الإدارية العليا في 1963/3/23 مجموعة أحكام السنة الثامنة – ص899.
[2] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص775 ،وانظر أيضاً إدوارد عيد – القضاء الإداري – ج2 – مطبعة البيان – بيروت – 1975 – ص165 .

على عدم المبالغة بموضوع الاختصاص الاستشاري بحيث يكون عبئاً على الإدارة أو يشكل إعاقة في تنفيذ العمل الإداري ،وإنما على الإدارة الرجوع إلى طلب الرأي حسب قواعد الاختصاص للاستفادة من خبرات الهيئات الاستشارية قبل اتخاذ القرار وليس بعده وذلك لأن طلب الرأي بعد اتخاذ القرار يعني الوصول إلى الحقيقة بعد فوات الأوان ويدفع الأفراد نتيجة تعسف الإدارة أو جهلها ثمناً باهظاً ألا وهو الضمانة التي وضعها المشرع من هذه الشكلية الإجرائيةوفي الوقت نفسه لا يكون الاختصاص الاستشاري درعاً يحمي الإدارة من مخاوف اتخاذ القرار أو سبباً للتهرب من مسؤولية اتخاذ القرار .

الفصل الثالث

رقابة القضاء الإداري على صحة الرأي الاستشاري

إن رقابة القضاء الإداري على صحة الرأي الاستشاري ليست رقابة مباشرة لأن الرأي الاستشاري حسب الرأي الراجح من الفقه واتجاهات القضاء ليس قراراً إدارياً وبالتالي لا يجوز الطعن به مباشرة أمام القضاء ،وإنما تكون الرقابة عليه بشكل غير مباشر عند فحص مشروعية القرار الإداري الصادر استناداً إليه ، والبحث في هذه الرقابة يكون من

خلال التعرض إلى قواعد صحة الرأي الاستشاري وهذا ما سندرسه في المبحث الأول ، ورقابة القضاء الإداري على الجوانب الشكلية والموضوعية في المبحث الثاني .

المبحث الأول: قواعد صحة الرأي الاستشاري

إن نشاط الهيئات الاستشارية في الغالب يحكمها النص القانوني المتعلق بالقواعد الجوهرية التي تحدد الإجراءات التي يتولد عنها الرأي الاستشاري ،فكان أمراً لابد منه أن يتعرض الباحث في هذه الدراسة إلى فحص الإجراءات المحددة في النصوص والمتعلقة بالدعوة إلى الاجتماع ، والنصاب القانوني وجدول الأعمال والمداولة والتصويت وا إلى ذلك من الأمور والإجراءات التي تنص عليها النصوص القانونية بمختلف درجاتها.

إن دراسة قواعد صحة الرأي الاستشاري لا يعني فقط الاهتمام بالجانب الشكلي ، بل لإظهار العلاقة ما بين الوظيفة والهدف في تركيبة الهيئة الاستشارية ،فمثلاً توافر النصاب الذي اشترطه النص القانوني ، لا يعني الحضور الشكلي للأعضاء بل إسهامهم في المناقشات واتخاذ القرار ، فوظيفة هذا الشرط تمكنه من تحقيق هدف الاستشارة ، فدور الاستشارة يتمثل في إعداد ، أو تكوين رأي يتعلق بمشروع قرار يتم بعد ذلك رفضه أو قبوله من الجهة الإدارية صاحبة الاختصاص في إصدار القرار الإداري.

وعلى الهيئة الاستشارية أن تراعي القواعد المقررة لتشكيلها وآلية عملها ، لكي يكون ما تصدره من آراء استشارية صحيحة وسليمة قانوناً ، وهذه القواعد كما أسلفنا عديدة ومتشعبة إلا أن الباحث يمكنه أن يتناولها من خلال مطلبين يبحث في المطلب الأول

تشكيل الهيئة الاستشارية وفي المطلب الثاني اجتماع الهيئة الاستشارية والمداولة والتصويت.

المطلب الأول: تشكيل الهيئة الاستشارية

عند تشكيل الهيئة الاستشارية يتوجب أن تراعي في ذلك أحكام سند الإنشاء الذي أوجب تشكيلها. فالنص القانوني المنشئ للهيئة الاستشارية يضع مجموعة من الضوابط التي يتوجب مراعاتها عند التشكيل وهذه الضوابط كثيرة ونبحثها تباعاً فيما يأتي:

أولاً : أن تكون الهيئة الاستشارية ذات كيان قانوني

و هذا الضابط يعني أن يستند تشكيل الهيئة الاستشارية وعملها إلى نص قانوني ، وأن يكون هذا النص نافذاً بتاريخ سابق على إصدار الرأي الاستشاري[1]، وعلى هذا قضت محكمة العدل العليا بانعدام القرارات الصادرة عن هيئة لم تكن مشكلة تشكيلاً قانونياً حيث قضت بأن ((القرار الصادر عن هيئة لم تكن مشكلة تشكيلاً قانونياً والقرارات الصادرة بالاستناد إليه تكون حقيقية بالإلغاء ومعدومة لا يتقيد الطعن فيها بميعاد))[2] و قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية ((بأن قواعد تشكيل مجالس التأديب من النظام العام ، وتتعلق بإجراء جوهري روعي فيه الصالح العام ، وهو حسن سير المحاكمات التأديبية ، ومن ثم فإن تشكيل المجلس الابتدائي بغير عضوية موظف من درجة مدير عام من مصلحة الري التي يتبعها المدعي يؤدي إلى بطلان هذا التشكيل وبالتالي بطلان جميع الإجراءات التي صدرت منه))[3] كما قضت بأنه ((لإمكان النظر في صحة تشكيل لجنة من اللجان أو هيئة من الهيئات أنشئت كضمانة للموظفين أو لأفراد طائفة ، يتعين الرجوع إلى النص التشريعي الذي أوجدها ....ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون رأي اللجنة أو الهيئة

---

[1] - خالد الزبيدي- مرجع سابق – ص351.

[2] - عدل عليا – قرار رقم 1971/55- منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .

[3] - حكمها الصادر في 1957/2/2 – حمدي عكاشه – مرجع سابق – ص389.

استشارياً إذ ما دام الشارع أوجب أخذ رأيها ،وجب أن يكون هذا الرأي صحيحاً ، ولا يستقيم هذا النظر إلا إذا استكملت أوظعها واستوفيت شروطها وإجراءاتها، فإذا ما فسد هذا الرأي انحب فساده إلى القرار الصادر بناءً عليه))[1].

وبناءً على ما سبق فإن النص الذي ينشئ الهيئة الاستشارية يجب أن يكون قد أصبح نافذاً بتاريخ صدور الرأي الاستشاري أو بتاريخ سابق له وذلك بنشره بالطرق المقررة قانوناً ، فإذا أصدرت الهيئة الاستشارية الرأي الاستشاري قبل نشر النص الذي أحدثها فيكون القرار المتخذ بناءً على هذا الرأي معيب، والنتيجة ذاتها تتحقق في حالة ما إذا كان النص الذي أحدث الجهة الاستشارية مخالفاً للقانون ومتى كان الرأي الاستشاري صادراً عن هيئة لا كيان قانونياً لها فإنه يؤدي بالضرورة إلى اعتبار القرار المتخذ بناءً عليه غير مشروع .

ثانياً : أن يراعي في تشكيل اللجنة الضوابط القانونية اللازمة

ومغزى هذا الأمر هو حماية حقوق الأفراد وتحقيق المصلحة العامة على حد سواء فإذا أناط القانون بجهة إدارية معينة تشكيل الهيئة الاستشارية فإن هذه الجهة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تشكيلها وإذا تم هذا الأمر من قبل جهة أخرى كان هذا التشكيل باطلاً وبالتالي يستتبع بالضرورة بطلان الرأي الاستشاري المنبثق عنها والقرار الإداري الصادر بالاستناد إليه ،وإذا نص القانون تعيين أشخاص محددين في الهيئة الاستشارية سواء كان ذلك من خلال تسمية مراكزهم الإدارية أو صفاتهم الوظيفية فلا يجوز عندئذ تعيين أشخاص بخلاف ما قرره النص القانوني لأن ذلك من شأنه أن يعيب التشكيل القانوني للهيئة الاستشارية ومن ثم يؤدي إلى بطلان القرار الإداري المستند إلى الرأي الاستشاري

[1] - حكمها الصادر في 1950/10/16 ذكره سليمان الطماوي– مرجع سابق – ص267.

الصادر عن هذا التشكيل[1] ، وهذا من المبادئ الأساسية التي أقرها القضاء الإداري المصري حيث قضت محكمة القضاء الإداري ((بأن القرار الوزاري إذ شكل اللجنة من أعضاء بوظائفهم وأقدمياتهم قد قصد من هذا التشكيل على هذا الوجه أن تتوافر للجنة من الضمانات ما يجب أن يتحقق في هيئة لها رأيها المعهود في شؤون الضباط فلا مناص إذن من وجوب انعقاد اللجنة بالتشكيل المذكور وا ٍلا كان انعقادها غير صحيح ، وكان قرارها والحالة هذه باطلاً ،فإذا كان أخذ رأيها لازماً بمقتضى القانون يظل كذلك على ما أنبنى عليه من قرارات............حيث إن تشكيل اللجنة على الوجه المبين بالقرار الوزاري هو إجراء شكلي جوهري يقصد تحقيق ضمانة أساسية ، فكل إخلال به ينطوي على عيب جوهري في الإجراءات ......))[2] وما قضت به من إلغاء قرار ترقية أحد الموظفين لكونه يتضمن تخطي الطاعن في الترقية بالأقدمية المطلقة ، مستندة إلى اشتماله على عيب شكلي يبطله وهو أن لجنة شؤون الموظفين المختصة بالترشيح وا ٍبداء الرأي لم تكن مشكلة تشكيلاً قانونياً ، إذ استبعد من بين أعضائها مدير قسم القضايا، فقررت في هذا الصدد أنه ((لا مرية في أنه لإمكان النظر في صحة تشكيل لجنة من اللجان أو هيئة من الهيئات أنشئت كضمانة للموظفين أو لأفراد طائفة ، يتعين الرجوع إلى النص التشريعي الذي أوجدها ، فإن اختار أشخاصاً بذواتهم أو بوظائفهم ثم سكت عن التصريح بصحة الانعقاد عند تكامل عدد معين من الأعضاء كما هو الحال في نص المادة "11" من الأمر الإداري الصادر في 2 من مايو سنة 1946بإعادة التنظيم الإداري لبلدية الإسكندرية ، فلا مناص من حضور

[1]- خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص351.
[2] - حكمها الصادر في 1948/5/19 - سمير صادق – المبادئ العامة في القضاء المصري – دار الفكر الحديث – القاهرة – دون سنة طبع – ص122.

الأعضاء جميعاً بحيث لو غاب أحدهم لما صح الانعقاد ، ومن حيث إنه لا يغير من الأمر شيئاً أن يكون رأي اللجنة أو الهيئة استشارياً ، إذ ما دام الشارع أوجب أخذ رأيها ، وجب أن يكون هذا الرأي صحيحاً ، ولا يستقيم هذا النظر إلا إذا استكملت أوضاعها واستوفيت شروطها وإجراءاتها، فإذا ما فسد هذا الرأي انحب فساده إلى القرار الصادر بناءً عليه))[1].

وقد استقر قضاء محكمة العدل العليا الأردنية على المبدأ ذاته فقضت ((أن سكرتير اللجنة المحلية المهندس المنصوص عليه في المادة 1/9/ من قانون تنظيم المدن، لا يعتبر عضواً في اللجنة المحلية ولا رأي استشارياً له ، ووجوده (هو) لتأمين تدوين وحفظ وقائع وقرارات اللجنة ليس إلا......))[2] وذهبت إلى أنه ((إذا لم يتم تعيين أعضاء لجنة المزاد بموجب نظام لوازم القوات المسلحة بتسمية كل واحد منهم وإنما جرى اختيارهم دون تخصيص من عضو عن كل دائرة ، فيكون تشكيل اللجنة غير قانوني........ ويتعين إلغاء القرار الصادر عن لجنة لم تكن مشكلة تشكيلاً قانونياً))[3].

و قررت في حكم آخر ((حيث إن المادة 4/د من نظام مقاولات الأشغال العامة رقم 1953/1 تنص على أن إحالة الأعمال بالمقاولة على المتعهدين يجري بمعرفة لجنة عطاءات مركزية تتألف من وكيل وزارة الأشغال العامة رئيساً وعضوية موظفين رئيسيين الأول من وزارة المالية والثاني من وزارة الداخلية ، ينتخب كل منهما وزيره المختص وذلك فيما إذا كانت قيمة الأشغال موضوع التعهد تتجاوز ثلاثمائة دينار، فإذا لم يكن وكيل لأشغال العامة حاضراً لا أثناء فتح العروض وتدقيقها ولا أثناء إعطاء القرار بالإحالة ، فإن

[1]- محكمة القضاء الإداري – 1950/11/16 – ذكره محمود حافظ – القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن –1993 – دار النهضة العربية – القاهرة – ص640 .
[2] -عدل عليا – قرار رقم 75/69 – منشورات مركز عدالة .
[3] - عدل عليا – قرار رقم 1964/98 – منشورات مركز عدالة .

اللجنة التي قامت بهذه الإجراءات لا تكون مؤلفة تأليفاً قانونياً حسبما تتطلب الفقرة المشار إليها وإن مجرد قيام وكيل وزارة الأشغال العامة بالتوقيع على قرار الإحالة الذي صدر بناءً على إجراءات تمت في غيابه ، لا يضفي على هذه الإجراءات الصفة القانونية ، ما دام أن النظام أوجب أن تتم جميع هذه المعاملات من فتح المظاريف وتدقيق العروض وإصدار قرار الإحالة بحضوره كرئيس للجنة))[1].

ثالثاً : يجب أن يصدر الرأي الاستشاري عن الأعضاء الذين أوجب القانون حضورهم ولا يجوز استبدال أحد الأعضاء بآخر ما لم يجز القانون ذلك وإلا كان الرأي الصادر عن هذه الهيئة معيباً ، وأن أي مخالفة للقواعد القانونية المتعلقة بتعيين أعضاء الهيئة الاستشارية يؤدي إلى بطلان القرار الإداري الصادر بناءً على الرأي الاستشاري الصادر عن هيئة كان تشكيلها مخالفاً للقانون، ويعد من قبيل الأعضاء غير الشرعيين من لم تحدد مدة عضويتهم في سند إنشاء اللجنة أو الهيئة متى ما تطلب القانون ذلك ، أو فقدانهم أي شرط أوجبه القانون وكذلك الأمر إذا قضي بعد صدور الرأي أو الاقتراح بإبطال عضوية بعض أعضاء الهيئة الاستشارية الذين اشتركوا في إصداره، إذ يعد الرأي غير صحيح من الناحية القانونية[2]. وقد رتب القضاء الإداري المصري البطلان على القرارات الإدارية الصادرة بناءً على استشارة هيئات كان تشكيلها باطلاً حيث قضت محكمة القضاء الإداري ((أن الضمانات التي تقررها القوانين جازمة لازمة ليس عنها من محيص فالمأمور به واجب الاستصحاب، والمنهي عنه واجب الاجتناب ، بلا ترخص في ذلك أو هوادة أو لين وإذا

---

1 - عدل عليا – 57/29 – منشورات مركز عدالة.
2 - سمير صادق – مرجع سبق ذكره – ص128.

كان القرار الصادر بإحالة المستدعي إلى المعاش طبقاً للمادة 22 من قانون المعاشات العسكرية قد استند إلى قرار لجنة طبية وقع تشكيلها باطلاً . ثم هي لم توقع الكشف الطبي عليه ،واختلت بذلك الضمانات المقرر ة له فقد جاء مجانيا للقانون حقيقاً بالإلغاء))[1] إلا أن محكمة العدل العليا قد قضت بانعدام الرأي الاستشاري في أحد أحكامها لتوافر هذه الحالة فقد قررت ((بأن اشتراك أحد المهندسين نيابة عن أمين العاصمة مع أن أمين العاصمة هو المعين كعضو في المجلس ، ولا يوجد نص يجيز له أن ينيب عنه غيره، فإن القرار الصادر عن المجلس والذي اعتمد عليه وزير الشؤون البلدية في إصدار قراره المطعون به يعتبر قرارا ً منعدماً لا يجوز العمل به،وبالتالي يكون قرار الوزير باطلاً ،لأنه مبني على أساس باطل))[2].

كما أنه يترتب على ما سبق ، عدم جواز استبدال عضو بآخر إلا إذا أجاز القانون ذلك صراحة ، ويترتب على الحلول غير القانوني في عضوية الجهة الاستشارية، أن الرأي الذي يصدر منها يعد مشوباً بعيب يبطله، وهذا ما قرره مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر في 19 /1/ 1948 بقوله ((إن قرار وزير الدفاع ....الذي ينص على تشكيل لجنة شؤون الضباط البحريين بمختلف المصالح الأميرية، لم يسمح بأن يحل آخر محل أي عضو من أعضائها.......... فلا مناص من انعقادها بالتشكيل المذكور،وإلا كان انعقادها غير صحيح وكذلك قراراتها.........ولا يغير من الأمر شيئاً أن اللجنة سبق أن شكلت على الوجه المعيب ، وأبدت اقتراحات لم يطعن فيها المدعي ، ما دام تشكيلها

[1] - قرار رقم 287 لسنة 3ق جلسة 1951/4/5 – سمير صادق – المرجع السابق – ص125.
[2] - عدل عليا – 79/125 – منشورات مركز عدالة .

المنصوص عليه هو إجراء شكلي جوهري، يقصد به تحقيق ضمانة أساسية ، فكل إخلال به ينطوي على عيب في الإجراء ، وسبق تشكيلها خطأ، دون طعن لا يصحح العيب الجوهري))[1].

وسار القضاء الإداري الأردني في الاتجاه ذاته حين قررت محكمة العدل الأردنية في حكم لها بأنه ((إذا أناط القانون بموظف عضوية لجنة من اللجان ، ولم يفوضه إنابة غيره عنه، فإنه يقتضي بأن يشترك في اللجنة بالصفة التي نص عليها القانون))[2] . غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد لطف بعض الشيء من حدة هذا المبدأ، وما يترتب على مخالفته من آثار فلم يعتبر العيب الناشئ عن الحلول غير القانوني عيباً جوهرياً ، ومن ثم فإنه لا يوصم الرأي بعدم المشروعية ، ما لم يثبت أن وجود الأعضاء البديلين كان له تأثير في مضمون الرأي أو الاقتراح[3] ، وهذا ما أخذ به مجلس شورى الدولة اللبناني عندما ذهب إلى أن العيب الناشئ عن الحلول غير القنوني لا يشكل عيباً جوهرياً يؤدي إلى اعتبار الرأي أو الاقتراح الصادر عن الهيئة غير مشروع إلا إذا ثبت أن وجود الأعضاء البديلين كان له تأثير في مضمون هذا الرأي أو الاقتراح[4] . ولا يتفق الباحث مع هذه الاتجاه وذلك لأن الحلول بهذا الشكل هو مخالفة واضحة للنص القانوني الناظم لتشكيل الهيئة الاستشارية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذه المخالفة غالباً ما تؤدي إلى إخلال بالضمانات التي أرادها المشرع ، فمخالفة النص القانوني يضيع الحكمة التي أرادها المشرع من وراء حصر تشكيل الهيئة الاستشارية بأعضاء بذواتهم ، ومن الجدير ذكره في هذا المقام

[1] -نقلاً عن سليمان الطماوي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – 1971– مرجع سبق ذكره – ص267.
[2]- عدل عليا – 76/69 – منشورات مركز عدالة .
[3] - C. E30/10/1957 ,rec p . 565 ,9/5/1952 p. 233 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص352 .
[4] - ياسين الحلفي – مرجع سابق – ص123.

أنه لا يعد من قبيل الحلول القانوني إذا وجهت الهيئة الاستشارية الدعوة إلى أي من الخبراء المختصين لغرض الاستئناس برأيهم، وذلك لأن هؤلاء الأعضاء لهم حق المداولة والمناقشة وليس لهم حق التصويت ، وكذلك الأمر إذا حدد القانون مسبقاً نائباً لرئيس الهيئة الاستشارية ليحل محله في رئاسة الهيئة عند غيابه،أما إذا لم يحدد القانون نائباً للرئيس . فإنه يمتنع على الهيئة الاستشارية أن تنتخب أو تعين نائباً للرئيس.

رابعاً : أن يتحلى أعضاء الهيئة الاستشارية بكل مظاهر الحياد والاستقلال فيجب أن لا يشترك في المناقشة والتصويت في الهيئة الاستشارية ، عضو له مصلحة مباشرة في الرأي أو الاقتراح المذكور أو إذا كان هذا الرأي أو الاقتراح يتعلق بشخص لا يمكن أن يتخذ منه موقف الحياد التام ،فلا يصح مثلاً أن يشترك في لجنة الترفيع موظف مرشح للترفيع أو أن يكون هنالك عداء شخصي بين عضو الهيئة الاستشارية والموظف أو الشخص الذي تتعلق به الاستشارة المطلوبة في موضوع القرار [1] ، ومن أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الشأن ما قضت به محكمة القضاء الإداري من أنه ((إذا كان المدعي يؤسس الطعن الشكلي على قرار لجنة شؤون الموظفين بديوان الموظفين على وجود عيب في تشكيل لجنة شؤون الموظفين التي نظرت هذا القرار وذلك بأن أحد أعضاء هذه اللجنة كان من بين المرشحين للترقية فإنه يكون لهذا العضو مصلحة ذاتية في الموافقة على الأساس الذي بني عليه القرار ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون رأي اللجنة استشارياً ما دام أن الشارع أوجب أن يؤخذ رأيها في الترشيح للترقية من ثم يجب أن يكون هذا الرأي صحيحاً ولا يستقيم ذلك

[1] - عمرو فؤاد أحمد بركات – السلطة التأديبية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – 1979 – لم يذكر الناشر– ص299-300وانظر أيضاً – مهند سعيد توفيق البشتاوي – عيب الشكل والإجراءات في القرار الإداري – رسالة ماجستير – الجامعة الأردنية – 1994 – ص34.

إلا إذا استكملت أوضاعها القانونية فإذا فسد هذا الرأي انسحب الفساد إلى القرار الصادر بناءً عليه وكان من الواجب في حالة هذه الدعوة أن يصدر رئيس الديوان قراراً باختيار موظف آخر يشترك في أعمال اللجنة بدلاً من العضو المرشح للترقية عند نظر الترقيات إلى الدرجة الأولى حتى تستوفي اللجنة شكلها الصحيح وحتى لا يخل وجوده فيها والضمانات الأساسية التي استهدفها المشرع من تشكيلها والتي تفرضها قواعد العدل وتعتبر مخالفتها مخالفة للقانون تعيب تشكيل اللجنة والقرارات الصادرة منها ولا يصلح من الأمر شيئاً انسحاب العضو المرشح للترقية أو امتناعه عن إبداء الرأي في شأن نفسه إذ إن ذلك ينقص من أعضاء اللجنة الثلاثة واحداً فتبطل أعمالها))[1]، وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا أكدت فيه ضرورة حيدة أعضاء لجنة التظلمات حيث قضى ((من الثابت أن تشكيل لجنة التظلمات التي نظرت تظلم الطاعن جاء مخالفاً للمادة 30 من قانون العاملين المدنيين بالدولة وذلك أن كلاً من رئيس اللجنة وعضوها قد اشتركا في وضع تقرير الكفاية المطعون فيه ثم اشتركا في لجنة التظلمات ، وهو الأمر الذي حظره المشرع في المادة المذكورة حينما نص على أن تشكيل لجنة التظلمات ممن لم يشتركوا في وضع تقرير الكفاية ، وقد جاء هذا الحظر بمثابة ضمانة أساسية لصيانة حقوق العاملين نظراً لما يرتبه تقرير الكفاية من آثار بعيدة المدى تمس الوضع الوظيفي للعاملين .... فقد حرص المشرع على أن يتوافر في تشكيل هذه اللجنة المكونة من كبار العاملين عنصر الحيدة والتجرد حتى يكون فصلها في التظلم أدعى إلى تحقيق العدالة في المهمة الموكول إليها وعلى هذا المقتضى فإن

---

[1] - قرارها رقم 1798 لسنة 6ق جلسة 1954/3/25، سمير صادق- مرجع سبق ذكره – ص127، هذا وقد كان للمحكمة قضاء سابق يعارض هذا المبدأ وذلك حين قضت ((وأنه إذا كان من المستحسن عدم اشتراك موظف في لجنة شؤون الموظفين عندما تعرض لترقيته ، إلا أنه لا يترتب على اشتراكه بطلان أعمال اللجنة ، إذ ليس هناك نص مانع والبطلان لا يكون إلا بنص)) قرار رقم 1720 لسنة 6ق جلسة 1953/12/7 – نفس المصدر السابق – ص127.

انطواء تشكيل لجنة التظلمات على رئيس أو أعضاء سبق لأي واحد منهم الاشتراك في وضع تقرير الكفاية المتظلم منه بالمخالفة للحظر الذي أورده المشرع في هذه المادة إنما يترتب عليه بطلان عمل هذه اللجنة وبطلان ما صدر عنها من قرار في شأن هذا التظلم الأمر الذي يكون معه قرار لجنة التظلمات المشار إليه غير مشروع وحقيقاً بالإلغاء مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها إعادة عرض هذا التظلم على لجنة تظلمات مشكلة تشكيلاً صحيحاً مطابقاً للقانون))[1] وقضت محكمة القضاء الإداري أنه يتعين ((إلزام كل موظف تكون له مصلحة خاصة أياً كانت تتعارض مع مصلحة موظف بحيث يستفيد من قرار يصدر في شأن من شؤون ذلك الموظف أنه يمتنع عن الجلوس في أي هيئة تتولى النظر في أمر خاص به سواء كانت هذه الهيئة مما ينظر في شأن الترقية أو التأديب أو في أي شأن آخر يكون للقرار الصادر فيه أثر بالنسبة للموظف الذي تشكل برئاسته أو بعضويته الهيئة التي تصدر هذا القرار))[2].

أما القضاء الإدار ي الأردني فقد أقر هذا الضابط في كثير من أحكامه حيث قضت محكمة العدل العليا بأن ((مجلس التعليم العالي هو صاحب الصلاحية التامة في وضع أسس وتعليمات القبول في الجامعات الأردنية وذلك سنداً لأحكام قانون الجامعات الأردنية وقانون التعليم العالي والقرار رقم 1186 الصادر عن مجلس التعليم العالي ، وعليه وحيث إن مجلس التعليم العالي هو الذي قرر قبول الطلبة على أساس التنافس الحر بين الطلبة

[1] - طعن 363 لسنة 35ق جلسة 1991/4/28 – محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة بخصوص العاملين المدنيين بالدولة والهيئات العامة والقطاع العام والخاضعين لكادرات خاصة – الكتاب الثاني – 1999 – لم يذكر الناشر – ص215-216.

[2] - قرار رقم 100 لسنة 2ق جلسة 1949/3/10 – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15سنة من 1946 – 1961 – ص3834.

حسب معدلاتهم وبما أن لجنة تنسيق قبول الطلبة قد قبلت أربعة طلاب في كلية طب الأسنان في الجامعة الأردنية بمعدلات تقل عن معدل المستدعية فتكون بالتالي هذه اللجنة قد خالفت أسس القبول ولم تطبق هذه الأسس بحيادية وتجرد ويكون هذا القرار بعدم قبول المستدعية في كلية طب الأسنان مستوجب الرد))[1] وقد بسطت رقابتها على هذا الضابط بشكل واضح وجلي حيث أصدرت الكثير من الأحكام في هذا الموضوع فقضت بأن ((انعقاد اللجنة الطبية العليا في مبنى مؤسسة الضمان الاجتماعي لا يؤثر على حيادة اللجنة))[2] و بأن ((اللجنة استناداً لأحكام المادة 5 من التعليمات تنظر في الشكاوى المقدمة إليها بحياد وموضوعية.......)) [3] وأن ((مجرد حضور بعض أعضاء المجلس البلدي في قاعة المزاد وإبداء بعض الملاحظات لا يؤثر على إجراءات المزاد ما دام أنه ليس هنالك أي دليل على أن اللجنة قد أصدرت قرارها متأثرة بهذه الملحوظ)) [4].

ولهذا الضابط أهمية بالغة في القانون الفرنسي خصوصاً بالنسبة للجان الاستشارية التي تبدي رأيها عند بحث حالات الموظفين المراد محاكمتهم[5].

المطلب الثاني: آلية عمل الهيئة الاستشارية

يتعين على الهيئة الاستشارية أن تتقيد بمجموعة من الإجراءات المنظمة لاجتماعها وعملية المداولة والتصويت وبالتالي فإنه لا بد من بحث هذه القواعد تباعاً حيث سيعرض الباحث

---

[1] - عدل عليا – 96/268 – منشورات مركز عدالة .
[2] - عدل عليا – 95/194- منشورات مركز عدالة .
[3] - عدل عليا – 2008/16 – منشورات مركز عدالة .
[4] - عدل عليا – 56/27 – منشورات مركز عدالة .
[5] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص352.

أولاً إلى الضوابط المتعلقة باجتماع الهيئة الاستشارية ومن ثم الضوابط المتعلقة بالمداولات والتصويت وصولاً إلى الرأي النهائي.

أولاً : اجتماع الهيئة الاستشارية

يتوجب على الهيئة الاستشارية أن تتقيد بالقواعد المنظمة لآلية اجتماعاتها ومن ذلك:

أ- الدعوة إلى الحضور

يجب أن توجه دعوة الحضور إلى اجتماع الهيئة الاستشارية ممن يملك توجيهها قانوناً فالنص التشريعي متى ما أوجد اختصاصاً أصيلاً لأحد بتوجيه الدعوة إلى أعضاء الهيئة الاستشارية لحضور الاجتماع،وجب تنفيذ ذلك بمثل ما أمر النص وا ٍذا تم الأمر بخلافه كان الاجتماع معيباً وينسحب إلى القرارات الصادرة عن الهيئة الاستشارية في ذلك الاجتماع[1]، فمثلاً تنص المادة 25 من القانون رقم 48 لسنة 2002 والخاص بالجمعيات والمؤسسات الأهلية في مصر على أن تنعقد الجمعية العمومية بدعوة كتابية لكل من أعضائها الذين لهم حق الحضور ، يبين فيها مكان الاجتماع وموعده وجدول الأعمال ، وتوجه هذه الدعوة من :

1- مجلس الإدارة.

2- من يفوضه 25% من عدد الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية.

3-المفوض المعين طبقاً للمادة (40) [2] من هذا القانون .

---

[1] - حنا إبراهيم نده – القضاء الإداري في الأردن – لم يذكر الناشر – 1979 – ص395.

[2] - تنص الماده 40(مع مراعاة أحكام النظام الأساسي للجمعية ، إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارةلا يكفي لانعقاده صحيحاً جاز لوزير الشؤون الاجتماعية عند الضرورة بعد أخذ رأي الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية أن يعين بقرار مسبب

4- الجهة الإدارية إذا رأت ضرورة ذلك.

وما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم 109 لسنة 1971 في شأن هيئة الشرطة المصرية والتي جاءت في اختصاصات المجلس الأعلى للشرطة حيث نصت أن المجلس ينعقد بدعوة من رئيسه ، وتعتبر اجتماعاته صحيحة إذا حضرها أكثر من نصف الأعضاء ، ويصدر المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة وعند التساوي يرجح الجانب الذي فيه الرئيس كذلك ما نصت عليه 31 من نظام التشكيلات الإدارية رقم 47 لسنة 2000 الأردني من أن يجتمع المجلس الاستشاري في المحافظة بدعوة من رئيسه وما نصت عليه المادة 7/ب من نظام الخدمة المدنية رقم 30 لسنة 2007 والتي تنص على أن المجلس _ مجلس الخدمة المدنية _ يجتمع بدعوة من رئيسه أو نائبه عند غيابه، وكذلك ما نصت عليه المادة 10/أ من قانون تنظيم شؤون المصادر الطبيعية رقم 12 لسنة 1968وتعديلاته حيث قررت أنه يجتمع المجلس بناء على دعوة خطية من رئيس السلطةأو نائبه أو بناءً على طلب خطي يقدمه أربعة أعضاء في المجلس للرئيس يوضحون فيه الأسباب الموجبة لعقد الاجتماع ، كذلك يجب مراعاة ما ينص عليه القانون من شكل للدعوة فإذا لم ينص على شكل معين كان للجهة الإارية توجيه الدعوة بأي شكل تراه مناسباً وفي هذا الصدد جاء حكم محكمة العدل العليا بأنه ((من المبادئ القانونية إذا لم ينص القانون على طريقة معينة للدعوة جاز إجراؤها بأية طريقة ، إذ يجوز تبليغها شفاهة))[1] ولم تعتبر المحكمة هذه الدعوة من

مفوضاً من بين الأعضاء الباقيين أو غيرهم تكون له اختصاصات مجلس الإدارة وعلى المفوض دعوة الجمعية العمومية خلال ستين يوماً لانتخاب مجلس إدارة جديد .....) .

[1] - عدل عليا – 80/47 – منشورات مركز عدالة.

الشكليات الجوهرية التي تؤدي مخالفتها إلى التأثير على مشروعية القرار[1] ، ويشترط أن توجه دعوة الحضور إلى جميع أعضاء الهيئة الاستشارية دون استثناء ، فإذا قصرت على عدد من الأعضاء يكتمل به النصاب فقط دون الباقين ، فإن انعقاد الهيئة يعد باطلاً وينسحب البطلان على الإجراءات التي اتخذت لإصدار الرأي ، كما يبطل القرار الإداري الذي استند إليه، وبهذا قضت محكمة القضاء الإداري المصرية حيث قررت أنه ((لا يكون انعقاد لجنة شؤون الضباط صحيحاً إلا بدعوة جميع الأعضاء للحضور على الوجه القانوني ، فإذا قصرت الدعوة على بعض الأعضاء فقط دون الباقين كان انعقادها باطلاً لمخالفته القانون ....وأنه وا ٍن كان الانعقاد قد استكمل النصاب القانوني من حيث العدد اللازم توافره بالأقل كي تكون المداولات صحيحة ، إلا أنه لم يثبت حصول دعوة العضوين الآخرين لحضور الجلسة فيكون انعقاد اللجنة على مقتضى ما تقدم قد جاء مخالفاً للقانون ، ويكون قرارها والحالة هذه قد وقع باطلاً ، كما يبطل القرار المطعون فيه الذي أنبنى عليه))[2]

على أنه يجدر الانتباه إلى أن عدم توجيه الدعو ة لبعض الأعضاء إذا كان لاعتبارات تمليها الضرورة فإن ذلك لا يبطل تشكيل اللجنة حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن ((القول بأن الدعوة لم توجه إلى جميع شاغلي الوظائف الذين تؤلف منهم لجنة الضباط على الوجه المبين بالمادة الخامسة من المرسوم الصادر في 22/ 5/ 1946 بل اقصرت على ثلاثة منهم فقط ، فسبب ذلك حسبما أفصحت عنه الحكومة أن وظيفة مفتش عام الجيش كانت شاغرة منذ أمد بعيد،وانصرفت النية عن شغلها نهائياً وأن رئيس الإمدادات والتموين بالنيابة

---

[1] - عدل عليا – 82/134 – منشورات مركز عدالة.

[2] - حكمها في الدعوى 1/65 لسنة 2ق حمدي عكاشه – مرجع سابق – ص389.

كان معروضاً أمره شخصياً على اللجنة لتبت في مصيره هو الآخر فلم يكن مستساغاً أن يدعى لينظر في أمر نفسه أو في أمر من يحاكمونه حالاً ، وهذه ضرورة ولا شك تسوغ انعقاد اللجنة من أعضاء ثلاثة ما دامت مداولات اللجنة تصح بحضور ثلاثة أعضاء فقط ومن ثم يكون الطعن في قانونية تشكيل اللجنة غير جدير بالاعتداد))[1]. ويجب أن توجه دعوة الحضور إلى جميع الأعضاء [2] ،وفي الميعاد المحدد قانوناً لذلك، أو في ميعاد معقول في حالة غياب التحديد القانوني ويتعين أن يرفق بدعوة الحضور جدول أعمال الاجتماع ، وبذلك يعد الاجتماع غير قانوني والقرارات الصادرة غير مشروعة إذا لم تحترم الإدارة الشكليات الإجرائية السابقة ،خصوصاً إذا تبين للقضاء الإداري أن الإدارة استهدفت من عدم توجيه دعوة الحضور لبعض الأعضاء الحيلولة دون حضورهم الاجتماع ، بغية استبعاد تأثيرهم على بقية الأعضاء ، ويمكن للقضاء الإداري أن يستخلص أيضاً من تلك الواقعة الانحراف في استخدام السلطة[3].

ب_ مكان وزمان الاجتماع

يجب أن تعقد جلسة الاجتماع في المقر الرسمي للهيئة الاستشارية إذا نص القانون على ذلك وا ٍذا خلا النص من هذا الشرط فللهيئة تغيير مكان الاجتماع إذا كان لذلك مقتضى من دون أن يؤثر ذلك على قانونية الاجتماع [4] ولا على ما يصدر عنه من قرارات ، لأن مكان الاجتماع ليس من الشكليات الجوهرية.

---

[1] - حكمها في الدعوى 1162/ 5ق - حمدي عكاشه – مرجع سابق – ص391 .
[2]- عدل عليا – 99/177 – منشورات مركز عدالة .
[3] - علي خطار – الموسوعة – مرجع سابق – ص780 .
[4] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص352 .

والقاعدة العامة أن جلسات الهيئة الاستشارية تعقد بصورة سرية، وعلى الأعضاء الالتزام بسرية الإجراءات والمحافظة على المعلومات المتداولة ، سواء كانت شفهية أو تحريرية وعدم إفشائها . أما إذا اشترط القانون عقد جلسة الاجتماع علناً ، فإن مكان الاجتماع في هذه الحالة يعد شكلية جوهرية ، وسبب ذلك رغبة الجمهور في الاطلاع على ما يقوم به الأعضاء من أعمال[1].

أما بالنسبة إلى زمان الاجتماع ، فالقاعدة العامة تقضي أن الاجتماع ينبغي أن يتم في الموعد المحدد في دعوة الحضور أو في الموعد المنصوص عليه قانوناً في حالة ما إذا نص القانون علىجلسات شهرية أو نصف سنوية أو ما إلى ذلك وإذا طرأ تعديل على الموعد المحدد يتعين تبليغ الأعضاء بالموعد الجديد وإلا بطل الاجتماع[2]، فقد قضت محكمة العدل العليا بأن ((..... اجتماع مجلس التنظيم الأعلى المنعقد في غير الموعد الدوري المقرر لاجتماعاته بغياب ثلاثة من أعضائه لم يبلغوا بالتعديل في موعد الاجتماع هو اجتماع غير قانوني يتعين إلغاؤه))[3].

ولقد أوردت المحكمة الإدارية العليا المصرية القواعد التي تحكم جدول أعمال اللجان، فقد أقرت مجموعة من المبادئ المهمة منها ((أنه إذا انتهى جدول الأعمال أنقض الاجتماع حكماً ولا يجوز للأعضاء الحاضرين إضافة أي بند لجدول الأعمال وأي قرار يتخذ بشأن أمر لم يدرج بجدول يعتبر قراراً باطلاً))[4] .

---

[1] - علي خطار – مرجع سابق – 780 .
[2] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص352.
[3] - عدل عليا – 83/47 – منشورات مركز عدالة .
[4] - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 640/5ق جلسة 1960/11/5 ذكره الصادق حسين البهيليل – أثر الإجراءات التمهيدية في تحديد مشروعية القرار الإداري – رسالة ماجستير – 2003 – غير منشورة – ص95 .

ويرى الباحث أنه في هذه الحالة يجب التمييز في حالة حضور جميع الأعضاء من عدمه، فإذا لم يحضر جميع الأعضاء فإننا نتفق وما جاء في الحكم ، ولكن إذا كان جميع الأعضاء حاضرين فإنه لا يوجد ما يمنع أن يتم مناقشة أمور جديدة وعلى بند ما يستجد من أعمال.

ج- نصاب الحضور

يتعين لمشروعية اجتماع الهيئة الاستشارية ، وما يصدر عنها من آراء حضور عدد معين من الأعضاء وفق ما يحدده النص القانوني الذي أنشأ الهيئة ، ويترتب على عدم اكتمال النصاب القانوني عدم مشروعية الاجتماع ، وبطلان الآراء الاستشارية والقرارات الإدارية الصادرة استناداً إليها[1]،وترتبط عملية اتخاذ القرارات بنصاب الحضور ارتباطاً وثيقاً ، فلا تكون جلسة الهيئة الاستشارية صحيحة من الناحية القانونية ، إلا إذا حضرها عدد من الأعضاء لهذا تحدد النصوص التشريعية هذا النصاب القانوني بصورة دقيقة.

فالمشرع المصري غالباً ما ينص على النصاب القانوني لجلسات الهيئات واللجان والمجالس بصورة صريحة ويذكر الباحث منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (4) من القانون رقم 109 لسنة 1971 في شأن هيئة الشرطة حيث نصت أنه ينعقد المجلس الأعلى للشرطة بدعوة من رئيسه وتعتبر اجتماعاته صحيحة إذا حضرها أكثر من نصف الأعضاء ، ويصدر المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة وعند التساوي يرجح الجانب الذي فيه الرئيس ، وكذلك ما نص عليه قانون المجلس القومي لحقوق الإنسان رقم 94 لسنة 2003 حيث نصت المادة السادسة أنه يكون اجتماع المجلس صحيحاً بحضور ثلثي الأعضاء، وتصدر

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص780 .

قراراته بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين ، وعند التساوي يرجح الجانب الذي فيه الرئيس، وكذلك فعل المشرع الأردني حيث نص في العديد من تشريعاته على النصاب القانوني للجان والمجالس والهيئات ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 7/ب من نظام الخدمة المدنية رقم 30 لسنة 2007 وتعديلاته فقد قررت أن مجلس الخدمة المدنية يجتمع بدعوة من رئيسه أو نائبه عند غيابه ويكون اجتماعه قانونياً بحضور ما لا يقل عن أغلبية أعضائه ، على أن يكون من بينهم الرئيس أو نائبه ، ويتخذ قراراته وتوصياته بأكثرية أصوات أعضائه الحاضرين على الأقل وا إذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس وكذلك ما نصت عليه المادة 41/ ب من قانون نقابة المهندسين الزراعيين رقم 19 لسنة 1998 من أن اجتماع اللجنة الاستشارية العليا لشؤون النقابة يكون قانونياً بحضور الأكثرية المطلقة من الأعضاء . والقضاء الإداري بدوره يراقب بدقة توافر النصاب القانوني للاجتماعات من عدمه فقد قضت محكمة العدل العليا ((بما أن المادة 50/أ من قانون السير رقم 4 لسنة 1984 نصت على تشكيل لجنة السير المركزية من عشرة أعضاء يرأسهم وزير الداخلية وفي حال غيابه يحل محله أمين عام وزار ة الداخلية ، وبما أن المادة 51/أ من ذات القانون نصت على أن يكون اجتماع لجنة السير المركزية قانونياً إذا حضره ستة من أعضائها على الأقل ، على أن يكون الرئيس أو نائبه في حالة غياب أحدهم......... وبما أن القرار المشكو منه صدر عند لجنة بنصاب غير قانوني ، حيث حضر خمسة أعضاء بمن فيهم أمين عام وزارة الداخلية ، فإن هذه القرار معيب من حيث الشكل ويستوجب الإلغاء))[1] وفي حكم آخر قضت بأنه ((لا يرد الاحتجاج أن تشكيل لجنة السير المركزية التي أصدرت

[1] - عدل عليا – 98/361 – منشورات مركز عدالة .

القرار هو تشكيل غير قانوني بداعي غياب عضوين منها ،لأن الاجتماع يكون قانونياً إذا حضره ستة أعضاء عملاً بالمادة 51 من قانون السير ، وبما أن اللجنة التي أصدرت القرار المشكو منه مشكلة من سبعة أعضاء فيكون الاحتجاج في غير محله))[1] وأنه ((إذا نص قانون على تشكيل لجنة من رئيس وأربعة أعضاء وصدر القرار المطعون فيه من الرئيس وثلاثة أعضاء فقط ، ولم يرد في القانون ما يجيز انعقادها من أقل من النصاب المحدد لتشكيل الجنة ، فإن انعقادها حين إصدار القرار غير قانوني ، ويكون القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون))[2] ومن الأحكام الطريفة التي أوجدها القضاء الإداري المصري في هذا المجال ما قضت به محكمة القضاء الإداري ((أن العضو الذي كان يؤدي فريضة الصلاة لايعتبر غائباً عن الجلسة بل حاضراً فيها ، فكان يتعين أخذصوته وا ٍغفال ذلك لو كان تم هو الذي يبطل إجراء أخذ الأصوات))[3] و ((أن الطعن على تشكيل اللجنة الصادر بها قرار وزاري لحضور موظف فيها ليس من أعضائها ، فإنه حتى مع الفرض بأنه حضر وأبدى رأيه تنويراً للجنة في الموضوع ، فلا يؤثر ذلك على قرار اللجنة بالبطلان ما دام أن عدد أعضائها لم يقل عن النصاب الذي حدده القانون ولم يحصل انقسام في الآراء يحتاج إلى ترجيح))[4].

فإذا كان القانون يحدد النصاب القانوني للاجتماع فإن الأمر لا يثير جدلاً كونه واضحاً ومحدداً ، ولكن النقاش يثور حينما يصمت المشرع عن تحديد النصاب القانوني لاجتماع اللجان أو المجالس ، وقد انقسم الفقه الإداري فيما يخص هذا الأمر إلى اتجاهين : الاتجاه

[1] - عدل عليا – 98/83 – منشورات مركز عدالة .
[2] - عدل عليا – 67/73 – منشورات مركز عدالة .
[3] - قرار رقم 746 لسنة 5ق جلسة 1953/11/11 سمير صادق – مرجع سابق – ص131.
[4] - قرار رقم 793 لسنة 6ق جلسة 1953/3/24 سمير صادق – مرجع سابق – ص131.

الأول وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي الذي يرى أنه في حالة انعدام النص فإن النصاب يتحدد بحضور نصف الأعضاء الذين يكونون الهيئة الاستشارية على الأقل [1]وقد كان ر أيه في البداية يتجه إلى حضور جميع الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس أو الهيئة ، ولكنه عدل عن هذا الرأي لاعتبارات عملية بحتة [2] من أهمها صعوبة ممارسة اللجان والمجالس لصلاحياتها ، وذلك لأن الأمر أصبح مرهوناً بإرادة أي عضو من الأعضاء ، فأي عضو يستطيع إفشال عمل اللجنة أو المجلس بمجرد تغيبه عن الحضور .

واختلف الفقه الإداري المصري كذلك، فذهب رأي إلى أنه في حالة غياب أو سكوت النص التشريعي عن تحديد النصاب القانوني فإنه بذلك لابد من حضور جميع الأعضاء [3]، في حين يرى آخر أن نصاب الحضور في هذه الحالة هو الأغلبية المطلقة ، ما لم يكن حضور الأعضاء يشكل ضمانة قانونية . فالأصل أنه يكفي لصحة الانعقاد حضور الأغلبية المطلقة ، على أنه إذا كان المجلس قد استحدث كضمانة للموظفين أو لطائفة معينة من الأفراد وجب – لصحة انعقاده – حضور جميع الأعضاء [4]. وعلى هذا الرأي استقر القضاء الإداري المصري ((فالأصل العام بالنسبة إلى لجنة استشارية، أن انعقادها بأغلبية أعضائها يقع صحيحاً ، وأن قراراتها – عند عدم النص صراحة على بطلانها في هذه الحالة وعدم وقوع عيب جوهري فيها – تكون صحيحة))[5] .

---

[1] - ياسين الحلفي – مرجع سابق – ص109 وهو بدوره يحيل الرأي إلى : laiet pajot – mecanisme de la consultataion chapter 3 – p 92 – parise – 1972.

[2] - علي خطار شطناوي – الموسوعة – مرجع سابق – ص783.

[3] - سليمان الطماوي – النظرية العامة – مرجع سابق –ص275 ، عثمان خليل – مجلس الدولة – القاهرة – مطبعة مصر – 1958 – ص369 .

[4] -نقلاً عن فؤاد العطار – القضاء الإداري – القاهرة – دار النهضة – ص592 ، مصطفى أبوزيد فهمي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص369.

[5] - المحكمة الاداريه العليا – 1962/12/15 – المجموعه – السنه الثامنة – ص 268.

في حين تباين موقف القضاء الإداري الأردني في هذا الأمر بحيث إنه لم يستقر على اتجاه معين، فنجد محكمة العدل العليا تارة تشترط حضور جميع الأعضاء لصحة الانعقاد ((وحيث إن الديوان الخاص بتفسير القوانين قد أصدر بتاريخ 1956/9/11قراراً برقم (16) وذكر فيه أنه إذا نص القانون على تأليف لجنة من اللجان ، أو هيئة من الهيئات من أشخاص بذواتهم أو بوظائفهم ، ثم سكت عن التصريح بصحة الانعقاد عند تكامل عدد معين من الأعضاء ، فإن حضور جميع أعضاء اللجنة أو الهيئة يكون ضرورياً لصحة انعقادها ، وأن أي قرارات تصدرها اللجنة أو الهيئة دون أن تكون مشكلة على هذا الوجه فلا تكون قانونية ، وحيث إن مجلس التأديب الأعلى الذي أصدر القرار المطعون فيه لم يكن مشكلاً من جميع أعضاء المجلس المنصوص عليهم في المادة (49) المشار إليها وإنما صدر من ستة أشخاص فقط ، فإن قراره يكون حقيقاً بالإلغاء لهذا السبب ، إذ لا يعتبر المجلس منعقداً بصورة قانونية ، ما دام أن القانون لم ينص على جواز انعقاده من أقل من العدد المبين في المادة المشار إليها))[1] ولكنها اكتفت في بعض الأحكام بحضور أغلبية الأعضاء فقط ، فقد قضت ((فإذا سكت القانون عن تحديد نصاب الحضور ، كان الانعقاد صحيحاً بحضور أكثر من نصف الأعضاء ، وعليه يكون انعقاد لجنة التحقيق بأغلبية أعضائهاصحيحاً))[2] .

ويلاحظ الباحث أن محكمة العدل العليا تتشدد في نصاب الحضور كلما كان حضور أعضاء اللجنة أو المجلس يمثل ضمانة قانونية للموظفين ، أو للأفراد ذوي العلاقة .

[1] - عدل عليا – 3/21/ 1966 – مجلة نقابة المحامين – 1966 – ص426 .
[2] - عدل عليا – 86/43 – منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .

ومن الجدير بالذكر في هذا المجال أن القانون قد يتطلب أحياناً حضور عضو بذاته أو أعضاء بذواتهم ،وبذا يعد حضور هذا العضو شرطاً ضرورياً لمشروعية الاجتماع حتى مع توافر النصاب القانوني ، ولا أدل على ذلك مثالاً ما نصت عليه المادة 7/ب من نظام الخدمة المدنية رقم 30 لسنة 2007 وتعديلاته من أن مجلس الخدمة المدنية يجتمع بدعوة من رئيسه أو نائبه عند غيابه ،ويكون اجتماعه قانونياً بحضور ما لا يقل عن أغلبية أعضائه على أن يكون من بينهم الرئيس أو نائبه .

ثانياً : المداولة والتصويت

من البديهي أن الغرض من الاستشارة هو تزويد مصدر القرار الإداري بالرأي الفني السليم ، لذلك فإن حضور الأعضاء لاجتماع الهيئة الاستشارية يجب ألا يكون حضوراً شكلياً بل إسهاماً فاعلاً في المناقشات التي تجري بصدد الموضوع أو الموضوعات المطروحة على الهيئة ، وفي اتخاذ القرار الاستشاري ، فالهيئات الاستشارية كما يرى الفقيه "هوريو " هي الإدارة التي تقوم على مبدأ النقاش والمداولة [1]، لذلك كان لابد أن تقتصر المداولة والتصويت على أعضاء الهيئة الاستشارية و لا يجوز حضور أي أشخاص غرباء ، ويعرف مجلس الدولة الفرنسي الغريب بأنه كل شخص ليس عضواً في الهيئة و لا يمكنه الاشتراك في مداولاتها أو في التصويت [2] ، لأن الأشخاص الغرباء يمكن أن يكون لهم تأثير على الرأي الاستشاري ، أو قد يتم توجيه الرأي من قبلهم على نحو معين وبرغم ذلك فلا يوجد ما يمنع

---

[1] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص353.
[2] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص353.

الهيئة الاستشارية من الاستعانة بأصحاب الخبرة الذين يمكن أن يسهموا من خلال خبراتهم بإثراء ما يتم مداولته من أمور بين أعضاء الهيئة بحضورهم والخروج باستشارة سليمة ، شريطة أن لا يكون لهم حق التصويت .وسيعرض الباحث تباعاً للأحكام المتعلقة بكل من المداولة والتصويت .

أ_ المداولة

الأصل أن القرارات التي تصدر عن الهيئة الاستشارية لا تكون صحيحة إلا بعد مناقشة وتمحيص وبحث ، يجري فيها عرض الموضوع بكامل عناصره دون إخفاء أي جزء منه من قبل الإدارة سواء كان عن تقصير أو إهمال أو عمد ، فالعرض الجزئي للموضوع أمام الهيئة الاستشارية لا يكفي لاستيفاء الإجراء الاستشاري ومن ثم يؤدي إلى بطلانه [1] ، لأن المشرع يستهدف من منح المجالس والهيئات صلاحية اتخاذ بعض القرارات أن يتداول الأعضاء حول المسائل المدرجة على جدول الأعمال ، بحيث تكون القرارات وليدة البحث والتمحيص الحقيقي ، وبهذا تعتبر القرارات الصادرة عن طريق التمرير قرارات غير مشروعة ما لم تصدر بالإجماع [2]، فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه ((على أن أخذ الرأي بطريق التمرير يتطلب إجماع الأعضاء .... أما إذا شذ واحد منهم وجب لصحة المداولة قانوناً دعوة جميع الأعضاء للاجتماع لإبداء رأيهم بعد المناقشة فيما بينهم))[3]. وفي هذا الصدد قضت محكمة العدل العليا ((إن قواعد الشكل مقررة للصالح العام وا ٍن صحة

---

[1] - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – ترجمة أحمد يسري – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1991 – ص151-152.

[2] - علي خطار شطناوي – الرقابة القضائية على قناعة مصدر القرار الإداري – مجلة جامعة دمشق – المجلد الثامن عشر – العدد الأول – 2002 – ص323.

[3] - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري – السنة الثامنة – ص1261.

تشكيل اللجان والمجالس من النظام العام ،وإن الأصل في هذه اللجان والمجالس أن تنظر فيما أنيط بها في اجتماع يدعى إليه في وقت مناسب ، وأن تكون قراراتها وليدة التمحيص ، وعليه فإن القرار الذي يصدر بدون تمحيص ودراسة ومناقشة ، هو قرار صوري يخالف القانون))[1].

ومن الأصول الثابتة أن المناقشة تتم دون إكراه أوضغوط معينة وإذا حصل انقسام بين أعضاء الهيئة الاستشارية ، فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن هنالك اتفاقات مسبقة بين الأعضاء على قبول الرأي أو رفضه ،ولكن قد تحصل تكتلات حول رأي معين وغالباً ما يكون ذلك بسبب تركيبة الهيئة الاستشارية أو أن يكون هنالك أعضاء يحملون ذات اتجاه الفكر في صلب الموضوع المطروح كون لديهم اطلاعاً معين بموضوع البحث ، وذلك إما عن طريق وظائفهم أو نشاطاتهم [2].

وإذا كان القانون يتطلب سرية المداولات فإن على أعضاء الهيئة الاستشارية الالتزام بذلك، وعدم البوح بهذه الأمور فالأصل كما جاء بقرار محكمة القضاء الإداري ((.....في كل هذه المجالس مهما كان رأيها استشارياً .....أن تكون قراراتها وليدة البحث والتمحيص في جلسة يتكامل فيها نصاب الاجتماع القانوني، ومن ثم يكون الحصول على قرارات من مجلس بطريقة التمرير يتنافى مع سرية مداولاته التي نص عليها القانون...))[3].

ب _ التصويت

---

[1] - عدل عليا – قرار رقم 1988/55 – منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .

[2] - ياسين الحلفي – مرجع سابق – ص 112.

[3] - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري – الدعوى رقم 417 /5ق السنة السادسة – ص662.

بعد أن تنتهي الهيئة الاستشارية من مناقشة الموضوع المعروض عليها وبحثه، يتم التصويت على هذا الموضوع ويعني ذلك اتخاذ قرار بصورة علنية، إلا إذا اشترط القانون إجراءه بصورة سرية. والأصل العام أن تصدر الآراء الاستشارية بأغلبية أصوات الحاضرين ما لم يرد نص بخلاف ذلك ، وتحدد أغلبية الحاضرين بموجب النص القانوني وهي إما أن تكون أغلبية نسبية أو مطلقة أو مشددة ، ويطلق على الأغلبية النسبية بالأغلبية العادية ، باعتبارها القاعدة العامة التي يلجأ إليها إذا لم يحدد النص القانوني أغلبية اتخاذ القرار [1]، ويقصد بهذه الأغلبية موافقة أكثر من نصف الأعضاء الحاضرين ، وبذلك تحسب الأغلبية من عدد الحضور وليس من الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس أو الهيئة .

أما إذا تطلب القانون الأغلبية المطلقة ومن الأمثلة عليها ما ورد في المادة 52 من الدستور الأردني التي تنص ((إذا قرر المجلس عدم الثقة بالوزارة بالأكثرية المطلقة من مجموع عدد أعضائه)) فيقصد بهذه الأغلبية أن يتخذ القرار بأكثر من نصف عدد الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس أو الهيئة ، فتحسب الأغلبية المطلقة من عدد الأعضاء أياً كان عدد الحضور ، في حين قد يتطلب القانون أغلبية خاصة أو مشددة إذا كان موضوع القرار في غاية الأهمية أو ذو حساسية معينة ، فهذه الأغلبية تكون أكثر من الأغلبية المطلقة ، بمعنى أن المشرع يشترط مثلاً أغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس أو الهيئات الاستشارية .

كما أن المشرع قد يعطي صوت رئيس الهيئة أو اللجنة أفضلية الترجيح أي تضخيم صوته في حال تساوت الأصوات عند التصويت على القرار ، فإذا كان صوت الرئيس مع أحد

[1] - علي خطار شطناوي – الموسوعة – مرجع سابق – ص789.

الأطراف رجح هذا الرأي بقوة النص التشريعي ،وا إذا لم يعطه القانون تلك الأفضلية فإنه يحسب كصوت واحد مثل باقي أصوات الأعضاء .

ج _ تنظيم محضر

لابد للهيئة الاستشارية من تنظيم محضر يدون فيه ما دار من مناقشات بين أعضائها أو ملخص لتلك المناقشات ، ويتم بيان الرأي الذي استقر عليه الأعضاء ويثبت هذا الرأي إذا كان بالإجماع ، أما إذا كان هنالك أعضاء مخالفون أو وردت تحفظات على الرأي ، أو على بعض بنوده وجب تثبيت تلك الملاحظات أو التحفظات في المحضر ، ولا يعد تنظيم المحضر إلزامياً إلا إذا تطلب القانون ذلك ، وفي هذه الحالة فإن عدم تحرير المحضر يعد عيباً في الإجراءات يؤدي إلى بطلان القرار الإداري المستند إلى الرأي الاستشاري ، ويتم توقيع المحضر من قبل جميع الأعضاء موافقين كانوا أم مخالفين عند انتهاء الجلسة، إلا أن التوقيع عليه بعد ذلك لا يؤثر على مشروعية القرار الصادر استناداً إلى الرأي الاستشاري[1].

كما أن للمحضر أهمية بالغة تتمثل في التحقق من توافر النصاب القانوني من عدمه للهيئة الاستشارية .

د _ ولاية الهيئة الاستشارية

لا تستنفد الهيئة الاستشارية ولايتها على الموضوع المعروض عليها بعد إصدار رأيها ، ولا تتقيد بهذا الرأي ، بل يحق لها من تلقاء نفسها ، أوبناء ً على طلب من جهة الإدارة دراسة الموضوع مجدداًوا ٍصدار رأي بشأنه سواء بتأكيد قرارها الأول أو بتعديله أو بإلغائه وا ٍصدار

[1] - محمود حافظ – القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن – دار النهضة العربية – القاهرة – 1993 – ص639 .

رأي جديد ، شريطة أن لا تكون جهة الإدارة قد أصدرت قرارها[1]. فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه يجوز للجنة الاستشارية الفنية أن تسحب قرارها غير مقيدة بفترة الستين يوماً [2] . على أنه لا يجوز للإدارة تكرار طلب الرأي الاستشاري إذا تبين أن الهدف من ذلك هو ممارسة نوع من الضغط أو التأثير على الجهة الاستشارية لحملها على إبداء رأي استشاري بمضمون معين[3].

المبحث الثاني

رقابة القضاء الإداري على الجوانب الشكلية والموضوعية للاستشارة

تبين لنا مما تقدم أن القضاء الإداري لا يراقب مشروعية الرأي الاستشاري بشكل منفرد ومستقل ،لأنه إجراء تحضيري يسبق صدور القرار الإداري ، لكنه يبسط رقابته عليه من خلال رقابة مشروعية القرار الإاري الصادر استناداً إليه ، بوصفه العمل الذي ينتج الآثار القانونية ، فهذه الرقابة تتناول الأركان الشكلية والأركان الموضوعية للقرار وسيتناول الباحث هذا الموضوع في مطلبين ، يتم بحث رقابة القضاء الإداري على أركان القرار الشكلية في المطلب الأول ، ورقابة أركان القرار الموضوعية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: رقابة القضاء الإداري على أركان القرار الشكلية

[1] - إدوارد عيد – مرجع سابق – ص162 .
[2] - قرارها في الدعوى رقم 198/ 6ق – مجموعة السنة الثامنة – ص1331 .
[3] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص774.

تتم مراقبة القضاء الإاري لأركان القرار الشكلية من خلال التركيز على ركن الشكل والإجراءات وركن الاختصاص وعليه سيتناول الباحث هذه الرقابة على التوالي .

أولاً : الرقابة على ركن الشكل والإجراءات

يمكن تعريف ركن الشكل والإجر اءات بأنه الصورة والخطوات أو العمليات التي يجب على الإدارة مراعاتها منذ بدء التفكير في إصدار القرار لحين وضعه في الصورة التي يصدر فيها[1]، ويراقب القضاء الإداري مدى احترام الإدارة لقواعد الشكل والإجراءات بما في ذلك الاستشارة وأخذ الرأي مقدماً ، لما يترتب على عدم تقيدها بهذه القواعد من مخالفات وعيوب شكلية قد تشوب القرار الإداري . فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإخلال بالقواعد الإجرائية في الرأي الاستشاري يعد عيباً في الإجراءات من شأنه أن يؤثر في مشروعية القرار المتخذ بتاريخ لاحق ، حتى لو لجأت الإدارة فيما بعد إلى طلب رأي صحيح من الهيئة الاستشارية ، حيث إن من المفروض أن الرأي لا يسبق اتخاذ القرار[2]، غير أن القضاء الإداري استقر على أن ليس كل عيب يمس الشكل والإجراءات يمكن أن يؤدي إلى إلغاء القرار لذلك فهو يميز بين الشكليات الجوهرية والشكليات غير الجوهرية ، كما أنه كذلك يجيز تغطية عيب الشكل إذا استحال استيفاؤه لمختلف أسباب الاستحالة وعلى هذا سوف يتعرض الباحث لمجموعة من التساؤلات التي تطرح فيما يخص الرأي الاستشاري باعتباره إجراء من ركن الشكل والإجراءات .

أ- موقع الاستشارة بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية

---

[1] - نواف كنعان – القانون الإداري – مرجع سابق – ص168-263 .

[2] - C. E 12/12/1952 ,recueil des arrest du conseild "e tat (collection , lebon et autres) p . 574 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص355 .

إن البحث في أثر الاستشارة على القرار الإداري يعني البحث في الإجراءات التي تؤثر في ذات القرار لا في الخطوات اللاحقة له ، بمعنى البحث في الإجراء الذي يؤثر على جوهر القر ار بحيث إن مخالفة الإجراء يعني أن القرار أصبح مغايراً لما كان يجب أن يكون عليه إذا ما استوفى الشكل القانوني الصحيح . وهنا يثار تساؤل عما إذا كان إغفال أو مخالفة الإدارة لأي إجراء يعيب القرار ويرتب عليه بطلاناً ؟

لقد ميز القضاء الإداري المصري – وتابعه في ذلك القضاء الأردني – بين الأشكال والإجراءات الجوهرية ، والأشكال والإجراءات غير الجوهرية ، والغرض من هذا التمييز هو ترتيب البطلان على القرارات التي تفتقد شكلياتها الجوهرية ، أما القرارات التي تفتقد الشكليات غير الجوهرية فلا تكون باطلة . ولكن متى تكون شكليات القرار جوهرية ومتى تكون غير جوهرية ؟

لقد وضع الفقه الإداري العديد من المعايير التي تفرق بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية وهذه المعايير هي:

المعيار الأول: مدى إلزامية الإجراء الشكلي

يركز هذا المعيار على أن الشكلية تكون جوهرية إذا كانت إلزامية بموجب نص القانون[1] ويقرر المشرع على مخالفتها البطلان ، وتكون الشكلية غير جوهرية إذا كانت اختيارية وعلى الر غم من بساطة هذا المعيار ووضوحه إلا أنه يؤخذ عليه أنه في معظم الأحوال

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص797 .

ينص القانون على أشكال وإجراءات لمختلف القرارات الإدارية ولكنه لا يحسم أمر اعتبارها جوهرية أو غير جوهرية [1].

المعيار الثاني: لمصلحة من قررت الشكلية

يبنى هذا المعيار في التمييز بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية ، على فكرة صاحب المصلحة في وجود مثل هذه الشكلية ، فإن كانت مقررة لصالح الأفراد فهي شكلية جوهرية ، وإذا كانت مقررة لمصلحة الإدارة فهي شكلية غير جوهرية [2] ويؤخذ على هذا المعيار أن الشكليات الإجرائية جميعها قررت لحماية المصلحة العامة ، إذ إنها تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة ،حتى لو كانت ظاهرياً تحقق المصلحة الخاصة [3].

المعيار الثالث: مدى تأثير الإجراء الشكلي على مضمون القرار

وفقاً لهذا المعيار فإن التفرقة بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية يتمثل في تحديد تأثير الشكلية على مضمون القرار ، فإذا كانت الشكلية الإجرائية لا تؤثر على مضمون القرار الصادر عدت شكلية ثانوية وإلا كانت شكلية جوهرية [4].

فإذا تعددت معايير التمييز الفقهية والقضائية بين الإجراءات الجوهرية والثانوية ، إلا أنه بالرجوع إلى ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي ، يتبين أنه بنى قضاءه على ضابطين، وهما التأثير الذي يكون للشكل على مضمون القرار الإداري ، والضمانة التي يحققها ذلك الإجراء لأصحاب الشأن[5] .

---

[1] - ياسين الحلفي – مرجع سابق – ص147.
[2] - سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مرجع سابق – ص276-277 .
[3] - علي خطار – مرجع سابق – ص798 .
[4] - أحمد الغويري – مرجع سابق – ص197- 198.
[5] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص356.

وبناءً على ذلك ، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن عدم أخذ الاستشارة الإلزامية يعد عيباً جوهرياً يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري عدا حالات الاستحالة [1] ، أما القضاء الإداري المصري فقد استقر قضاؤه على اعتبار أخذ الرأي أو الاستشارة الإلزامية إجراءً شكلياً جوهرياً يترتب على تخلفه بطلان القرار لعيب في الشكل ، فقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري عرض أمر إبعاد الأجانب ذوي الإقامة العادية على لجنة استشارية تبدي الرأي في الأبعاد بعد فحص مسوغاته وتمحيص دواعيه قبل إصدار القرار إجراء جوهرياً يتخلف عن إغفاله بطلان القرار لعيب في الشكل [2]، وقررت في حكم آخر لها بأنه ((وإن كان رأي لجنة شؤون الموظفين استشارياً يملك الوزير الأخذ به أو صرف النظر عنه فإنه يلزم لصحة قرار الوزير............وإغفال هذا الإجراء يترتب عليه إهدار الضمانات التي أوجدها القانون ويؤدي إلى بطلان القرار))[3]. ولم تخرج محكمة العدل العليا عن هذا النهج حيث إنها اعتبرت كذلك أخذ الرأي والاستشارة الإلزامية إجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله إلغاء القرار الإداري فقد قررت بأن ((خلو القرار الإداري من أخذ الرأي في المسائل التي يوجبها القانون ، يعتبر من النواقص الشكلية التي تعيبه وبالنتيجة يتحتم إلغاؤه))[4] و ((حيث إن المادة 142/أ من قانون مزاولة مهنة الصيدلة رقم 43 لسنة 1972 لا تجيز للوزير أن يتخذ قرارات بحظر تداول الأدوية بدون توصية من لجنة مراقبة الأدوية ، وحيث إن هذه التوصية أمر جوهري يترتب على إغفاله إهدار الضمانات التي كفلها القانون من إيجاد سلطة بجانب

---

[1] - C. E 8/1/1982 ,rec p . 574 , 2/7/1965 p. 398 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص356.

[2] - قرارها في الدعوى رقم 1396/ 8ق – 1954/2/9 - مجموعة السنة الثامنة – ص624 ، حمدي عكاشه – مرجع سابق – ص383.

[3] - قرارها في الدعوى رقم 745/ 7ق – 1954/6/22 - مجموعة السنة الثامنة – ص1567 ، حمدي عكاشه – مرجع سابق – ص382.

[4] - عدل عليا – قرار رقم 1962/116 – منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .

سلطة الوزير ، ليستعين برأيها في الوصول إلى قرار يحقق الصالح العام ويضمن سلامة تطبيق القانون ، فإن هذا النقص يعتبر من الأمور التي تعيب القرار))[1].

ويتضح للباحث من الأحكام المذكورة آنفا بأن القاضي الإداري يراقب مدى استيفاء الإدارة للإجراء الاستشاري بشكل واضح وجلي وانه يعتبر هذا الإجراء من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على إغفالها أو عدم استيفائها بطلان على القرار الإداري.

ب_ استحالة استيفاء الاستشارة

لقد استقر القضاء الإداري المقارن على جواز تغطية عيب الشكل الناجم عن استيفاء الإجراء الاستشاري المطلوب ، إذا كان السبب هو استحالة إتمامه ، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي القرار الإداري مشروعاً ، إذا صدر دون استشارة هيئة معينة أوجب القانون استشارتها بسبب إلغاء هذه الهيئة وعدم إنشاء بديل عنها [2]. وكذلك الحال إذا رفضت الهيئة إبداء الرأي في موضوع يدخل ضمن اختصاصها [3] ، كما أن القضاء الإداري المصري قد استقر هو الآخر على إمكان تغطية عيب الشكل ، إذا استحال على الجهة الإدارية إتمام الإجراء الاستشاري كحالة امتناع الهيئة الاستشارية عن إبداء الرأي لإعاقة جهة الاختصاص عن التقرير في الموضوع محل الاستشارة ، فقد قضى بشأن مسألة تتعلق بنقل عضو هيئة تدريس خارج الجامعة ، الذي يتطلب أخذ رأي كل من مجلس القسم ومجلس الكلية قبل أن يصدر وزير التعليم العالي قراره ، بأن ذلك الامتناع لا يؤثر على سلامة إجراءات القرار الذي يصدره الوزير في هذا الشأن وأن ((القول بغير ذلك من شأنه أن يجعل في مكنة أي

[1] - عدل عليا – 1985/1/8 – مجلة نقابة المحامين 1985 – ص 72 و 2000/7/17 – مجلة نقابة المحامين – 2001 – ص1968 .

[2] - C. E 15/7/1953 ,rec p . 373 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص356.

[3] -C. E 27/5/1966 ,rec p . 367 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص356 .

من المجلسين المذكورين ورأيهما غير ملزم ، أن يعرقل إصدار قرار لا يرى الموافقة عليه ويتحول الاختصاص المخول لهما من مجرد إبداء رأي وهو غير ملزم لسلطةإصدار القر ار إلى الموافقة المسبقة وهو ما يخالف صريح عبارة النص))[1] .

ثانياً : رقابة القضاء الإداري على ركن الاختصاص

يتعين على كل موظف من موظفي الإدارة مزاولة الاختصاصات والمهمات المنوطة به فقط ، فيجب على كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية _أياً كان فرداً أو جهة إدارية جماعية أو مجلساً أو لجنة أو هيئة _ألا يمارس عملاً قانونياً إلا إذا كان مؤهلاً قانوناً للقيام بذلك ، وعليه مزاولته طبقاً لما تقضي به القواعد القانونية التي تعمل على تنظيم اختصاصات أعضاء السلطة الإدارية [2]. وعلى هذا لابد لمشروعية القرار الإداري أن تتقيد الإدارة بقواعد الاختصاص كما حددها المشرع ، بما في ذلك قواعد الاختصاص الاستشاري ، وقد سبق للباحث أن بين أن على السلطة الإدارية المختصة ، أن تلتزم بما أوجبه القانون من استشارة أو أخذ رأي ،إذ تمثل هذه الاستشارة قيداً حقيقياً على مصدر القرار على الرغم من أنه يبقى لها الحرية في إصدار القرار بما كان مضمون الرأي الاستشاري أو العدول عنه [3] ، أو أن يمتنع عن إصدار القرار من الأصل .ونظراً لأهمية قواعد الاختصاص ، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه إلى إدخال مخالفة الإجراءات ضمن ركن الاختصاص في القرار الإداري ، وبخاصة الإجراء الاستشاري الإلزامي ليسبغ عليه الحماية التي تقتضيها

---

[1] - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 49 لسنة 26 ق – المجموعة لسنة 32 ، ج1 – ص324-325 ، وانظر تعليق د. محمد فؤاد عبدالباسط – القرار الإداري – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – 2000- هامش ص154-155 .

[2] - محسن خليل – القضاء الإداري اللبناني – الدار الجامعية – بيروت – 1992 – ص 481 .

[3] - وهذا في حالة الاستشارة الاختيارية والإلزامية فقط دون الاستشارة مع الالتزام بالرأي الاستشاري كما سبق وبينا .

فكرة النظام العام ، فقد قضى بأنه إذا كان قرار وزير الصحة يلزم قبل صدوره طلب مشورة الصندوق الوطني لمعاشات الهيئات المحلية،وأنه وا ٍن كان غير ملزم بإتباعها ، فإن عدم طلب هذه المشورة يعيب القرار بعيب عدم الاختصاص [1] . كما أنه يرتب الإلغاء على القرار الإداري الذي لم تستوف الإدارة المختصة بإصداره الاستشارة الملزمة سواء كان ذلك من حيث طلبها أو من حيث الرأي الذي يصدر عنها ،استناداً إلى عيب عدم الاختصاص ، باعتبار أن الاختصاص مشترك بين الجهة الإدارية التي يصدر عنها القرار ، والجهة التي يستطلع رأيها .واعتبر المجلس عيب عدم الاختصاص متحققاً عندما يعتقد مصدر القرار بأنهمقيد برأي استشاري غير ملزم له قانوناً ، كما استقر قضاؤه على أن كل ما يتعلق بعدم صحة استشارته " أي المجلس " يتعلق بعيب عدم الاختصاص سواء كان العيب متعلقاً بغياب كلي أو جزئي للاستشارة ، أو عدم مراعاة قواعد الاختصاص الاستشاري [2] . في حين أن القضاء الإداري المصري ممثلاً بمجلس الدولة قد استقر على أن العيب الذي يشوب القرار الإداري في حالة عدم مراعاة قواعد الإجراءات سواء كانت الإجراءات الاستشارية أو غيرها ،عيباًفي الإجراءات حتى وا ٍن تعلقت باستشارة المجلس ذاته[3].

كما أن محكمة العدل العليا تراقب مدى تقيد الإدارة بقواعد الاختصاص الاستشاري فتلغي القرار الإداري إذا ما قام مصدر القرار بأخذ رأي جهة غير تلك التي حددها القانون ولم نجد لها أحكاماً صريحة على الإجراء الاستشاري ولكن لها أحكاماًعديدة على التنسيب الذي وا ٍن كان يختلف عن الاستشارة كما بينا سابقاً إلا أن الأمرين يعدان من باب أخذ الرأي مقدماً

[1] - C. E 20/11/1960 ,rec p . 273 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص 357 .
[2] - C. E 25/1/1957 ,rec p . 63 , C. E 23/11/1951 ,rec p . 553 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص357 .
[3] - حكم محكمة القضاء الإداري – 1405 لسنة 5ق – مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاماً من 1946 – 1961 – الجزء الثالث – ص2348 .

وبالتالي يتحدان في الحكم وفي هذا المجال تقرر بأنه ((إذا نص القانون على أن المحافظ يقوم بإغلاق المصنع وفقاً لقانون الحرف والصناعاتنباءً على تنسيب من طبيب الصحة ، فإن قرار المحافظ يكون باطلاً إذا استند إلى تنسيب من وزير الصحة))[1]. والمرجع في تحديد الجهة المختصة بإعطاء الرأي الاستشاري هي النصوص النافذة بتاريخ صدور القرار الذي يطلب الرأي المسبق بشأنه، وليس إلى تلك التي كانت نافذة حين إعداد هذا القرار. فقد قضت محكمة العدل العليا في هذا الشأن بأن ((حل الجمعيات والهيئات العادية ،قد أصبح منوطاً بوزير الداخلية ، ومقتضى ذلك أن يكون التنسيب بالحل من وكيل وزارة الداخلية لا من المدير العام لدائرة الشؤون الاجتماعية الذي لم يعد موجوداً ، ولا من وكيل وزارة التنمية الاجتماعية لأن اختصاص هذه الوزارة منحصر بالأمور المتعلقة بالجمعيات والهيئات غير العادية))[2] ، ويرى الباحث أن عدم استيفاء الاستشارة أو إهمالها أو عدم مراعاة قواعد الاختصاص الاستشاري يعيب القرار بعيب الشكل والإجراءات ، ولا يندرج ضمن عيب عدم الاختصاص ، وذلك لأن الاستشارة هي بالأصل إحدى الإجراءات الشكلية في تكوين القرار الإداري . ولابد من الإشارة هنا إلى أن محكمة العدل العليا لا ترتب الانعدام على مخالفة قواعد الاختصاص الاستشاري وإنما ترتب البطلان فقد قضت بأنه ((إذا صدر القرار عن اللجنة البلدية بتنسيب صادر عن محافظ العاصمة ، وليس عن مدير قضاء وادي السير كما يتطلب القانون فإن ذلك يشكل مجرد مخالفة قانونية لا تنحدر بالقرار المطعون به إلى درجة الانعدام))[3].

[1] - عدل عليا – 1966/52 – منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .
[2] - عدل عليا – 1982/9 – منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .
[3] - عدل عليا – 13 / 1984- منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .

المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري على أركان القرار الإداري الموضوعية

يبسط القضاء الإداري رقابته على أركان القرار الموضوعية من خلال متابعته لركن المحل وركن السبب وركن الغاية وسيتناول الباحث هذه المواضيع تباعاً خاصة فيما يتعلق بالرأي الاستشاري عندما يصدر خلافاً للقواعد المنظمة لأي من هذه الأركان.

أولاً : الرقابة على ركن المحل

يتمثل عيب المحل في مخالفة القاعدة القانونية وهو بذلك لا يخرج عن أوضاع ثلاثة أشار إليها حكم مجلس الدولة المصري حيث يقول ((إن مدلول مخالفة القوانين واللوائح، يشمل كل مخالفة للقاعدة القانونية بمعناها الواسع، فيدخل في ذلك:

أ – مخالفة نصوص القوانين واللوائح.

ب – الخطأ في تفسير القوانين واللوائح أو في تطبيقها، وهو ما يعبر عنه الفقه الإداري بالخطأ القانوني.

ج – الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح التي بني عليها القرار الإداري وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تقدير الوقائع))[1].

أما المشرع الأردني فقد نص في المادة 10/ب من قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992 على مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، ويستفاد من هذا النص أن هذه العبارة تعني أن يكون محل القرار الإداري مخالفاً للقانون بالمعنى الضيق ، أي أن المخالفة لا تنصب على الاختصاص المحدد في القانون أو على

[1] - حكم مجلس الدولة الصادر في 1948/4/14 – مشار له في سليمان الطماوي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – ط6 – 1986 – دار الفكر العربي – ص850 .

شكل القرار وا ٕجراءاته ٕوا نما تنصب على مضمون القرار وعلى الأثر القانوني المباشر المترتب على القرار الإداري . إلا أن الفقه الإداري الأردني يعطي معنى واسعاً لمصطلح القوانين الوارد في النص السابق بحيث تعني مخالفة القرار الإداري لقوة الشيء المقضي به [1] . حيث إن القاعدة المقررة فقهاًوقضاء ً أن الحكم الحائز على قوة الشيء المقضي به يعد عنواناً للحقيقة القانونية لما تقرر فيه ،وترتيباً على ذلك فإنه يكون ملزماً للسلطات المنوطة به تنفيذه ، بحيث إذا امتنعت عن التنفيذ أو أخطأت فيه فإنها بذلك تكون قد خالفت القانون مما يجعل قراراتها معيبة [2].

وعلى هذا قد تصدر الجهة الاستشارية رأيها خلافاً للقانون أياً كانت صورة هذه المخالفة ، سواء كانت المخالفة الصريحة لنصوص القوانين ، أو الخطأ في تفسيره أو تأويله ، فإذا ما أخذت الجهة الإدارية المختصة قرارها مستندة على هذا الرأي الاستشاري ، فإنه حتماً سيؤثر على سلامة ومشروعية القرار الصادر ، والقاضي الإداري يراقب هذا العيب عند نظر الطعن بالإلغاء في القرار ،والذي يكون موجهاً وبشكل غير مباشر إلى الرأي الاستشاري الذي كون مضمون القرار الإداري النهائي .وتطبيقاً لذلك جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي بأنه يتعين على الهيئة الاستشارية ، أن تصدر الرأي أو الاقتراح وفقاً للنصوص القانونية النافذة بتاريخ إصداره ، فإذا ما استندت إلى نصوص لم تزل بصيغة المشروع ، فإن الرأي أو الاقتراح الصادر في هذه الحالة يعد غير قانوني ،حتى لو أن النصوص قد أقرت نهائياً دون تعديل وتم نشر ها بتاريخ إصدار القرار الإداري من السلطة المختصة [3].

[1] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص806 .
[2] - نواف كنعان – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص296.
[3] - C. E 4/10/1957 ,rec p . 508 نقلاً عن خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص357 .

وألغت محكمة القضاء الإداري قرار التخطي في الترقية لأنه ((.........ساير لجنة شؤون الموظفين وهي لجنة استشارية ، فيما افترضته من تخطي المدعي في الترقية إلى الدرجة السادسة الكتابية ، في دوره بالأقدمية المطلقة لجزاءات لا تبرر الترك في الترقية بالأقدمية))[1].

فالقضاء الإاري وفقاً لهذه السوابق القضائية يوسع من قاعدة الرقابة على مشروعية وسلامة القرار الإداري حيث إنه يبسط رقابته على الآراء الاستشارية ومدى موافقتها للقواعد القانونية النافذة وعدم مخالفتها ، أو تفسيرها في غير رغبة المشرع ، أو الخطأ في تطبيق القانون على واقع الأمر .

ثانياً : الرقابة على ركن السبب

يعرف الفقه الإداري سبب القرار الإداري بأنه الحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصداره [2]، ويراقب القضاء الإداري سبب القرار ومدى استيفائه الشروط القانونية اللازمة، فإذا شاب القرار عيب يمس هذا الركن ، كأن تكون الوقائع _ قانونية كانت أم واقعية _ غير موجودة أو غير مشروعة ، حكم القاضي الإداري بالإلغاءوالر أي الاستشاري الذي يستند القرار إليه يخضع لهذه الرقابة بصورة غير مباشرة عند الطعن في القرار الإداري ، فيجب أن يكون الرأي الاستشاري بدوره مبنياً على سبب يبرره بغض النظر عما إذا أوجب القانون تسبيبه أم لا [3] ، فيعد الرأي الاستشاري غير مشروع إذا لم يقم على سبب ، أو كان السبب الذي استند إليه غير صحيح ، وتنسحب عدم المشروعية بذلك على القرار الإداري الذي أخذ

[1] - الدعوى رقم 6/191ق – مجموعة السنة الثامنة – ص1037 .
[2] - عمر محمد الشوبكي – مرجع سابق – ص339.
[3] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص358.

بمضمونه ،وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا بأن ((استناد لجنة الهندسة التطبيقية في توصيتها............ برفض تسجيل المستدعين إلى واقعة غير صحيحة مفادها أن وزارة التربية والتعليم تعادل شهادات المستدعين بسنتين فقط بعد شهادة الثانوية العامة ، فتكون توصية اللجنة بهذا الوصف ، توصية معيبة لاستنادها إلى وقائع غير صحيحة ويكون قرار مجلس نقابة المهندسين المستند إلى هذه التوصية معيباً أيضاً مما يتعين إلغاؤه))[1] وبأنه ((إذا استند وزير الداخلية بقراره المطعون فيه إلى السبب الذي ورد بكتاب مدير شرطة شمال عمان والمتمثل بأن المستدعية تقوم بإدارة منزلها لأعمال لا أخلاقية وتردد فتيات وشباب إلى منزلها لهذه الغاية وحيث أفصح المستدعى ضده عن سبب إصدار قراره المطعون فيه فإن من حق محكمة العدل العليا التأكد من صحة هذا السبب لأن الأصل في القرار الإداري أن يصدر مستنداً إلى سبب صحيح يبرر إصداره . وحيث ثبت من البينة التي استمعت إليها المحكمة عدم صحة هذا السبب حيث ثبت أن المستدعية تتعاط أعمال التجارة بالألبسة والأحذية النسائية وأن الذين يترددون على منزلها من أجل الشراء ، ولم ترد أي بينة أخرى تفيد أن إقامة المستدعية في البلاد غير مشروعة أو تؤثر على الآداب العامة . فيكون ركن السبب الذي استند إليه المستدعى ضده بإصدار قراره المطعون فيه قد انهار . وحيث إن الأصل بالقرار الإداري أن يصدر مستنداً إلى سبب صحيح وحيث إن القرار المطعون فيه قد صدر مستنداً إلى سبب غير صحيح ومخالفاً للمادة (37) من قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم (24 لسنة 1973) وتعديلاته مما يتعين إلغاؤه))[2] .

---

[1] - عدل عليا –4 13 / 1985- منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .

[2] - قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 2007/521 (هيئة خماسية) تاريخ 2008/3/17 منشورات مركز عدالة .

ثالثاً : الرقابة على ركن الغاية

تعني الغاية – كركن من أركان القرار الإداري – الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من إصدار القرار . والأصل العام أن الهدف من صدور القرارات الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة، ومما لا شك فيه أن الهدف من الإجراءات الاستشارية عموماً هو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بتنوير السلطة الإدارية في الموضوع محل الاستشارة ، وتزويدها بالخبرات العلمية والفنية والمهنية من قبل الجهة الاستشارية ، وعلى إثر ذلك تتمكن السلطة الإدارية المختصة من إصدار القرار الإداري الصحيح والسليم والملائم[1]. لذلك فإن احتمالات مجانبة الرأي الاستشاري للمصلحة العامة هي احتمالات ضعيفة [2] ، إلا أن ذلك لا يمنع مطلقاً من تصور وجود قرارات إدارية مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة ، إذا ما استندت إلى آراء استشارية جاءت تحقيقاً لغايات شخصية بعيدة عن المصلحة العامة. والقاضي الإداري يراقب بدوره الهدف الحقيقي من وراء الرأي الاستشاري ، فقد يستخلص هذا العيب من خلال الإجراءات التي تم بموجبها أخذ الرأي ، مثل توجيه دعوة الحضور إلى بعض أعضاء الهيئة الاستشارية دون البقية ، لمنع حضورهم الاجتماع بغية استبعاد تأثيرهم على الأعضاء الآخرين [3]. أو حضور أحد الأعضاء في الهيئة الاستشارية ممن له مصلحة في اجتماعات ومداولات الهيئة ، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأنه ((إذا كان المدعي يؤسس الطعن الشكلي على قرار لجنة شؤون الموظفين ، بديوان الموظفين على وجود عيب في تشكيل اللجنة التيِنظرت هذا القر ار ، وذلك بأن أحد أعضاء هذه اللجنة كان من بين المرشحين

---

[1] - خالد عباس مسلم – المشورة الإدارية – دراسة مقارنة بالشورى في الشريعة الاسلامية- مكتبة الثقافة الدينية – بور سعيد – ط1 – 2001 – ص14- 15 .

[2] - خالد الزبيدي – مرجع سابق – ص358.

[3] - علي خطار شطناوي – مرجع سابق – ص786.

للترقية فإنه يكون لهذا العضو مصلحة ذاتية في الموافقة على الأساس الذي بني عليه القرار ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون رأي اللجنة استشارياً ، ما دام أن الشارع أوجب أن يؤخذ رأيها في الترشيح للترقية ، ومن ثم يجب أن يكون هذا الرأي صحيحاً ، ولا يستقيم ذلك إلا إذا استكملت أوضاعها القانونية فإذا فسد هذا الرأي انسحب الفساد إلى القرار الصادر بناءً عليه............))[1].

ولا يتفق الباحث مع هذا الحكم من حيث إن الرأي معيب بالانحراف في استخدام السلطة، بل إنه معيب بعيب الشكل والإجراءات وذلك لعدم توافر الحيدة المطلوبة في أعضاء اللجنة مما يؤثر على سلامة رأيها ومن ثم على مشروعية القرار الإداري المستند إليه.

ولكن إذا كانت السلطة الإدارية المختصة قد استشارت عدداً من الجهات المختصة قبل إصدار قرارها ، وأعلنت عن نيتها في إصدار القرار ومضمونه قبل إصداره فعلاً فإن ذلك لا يعيب القرار . وهذا ما جاءت به محكمة العدل العليا في أحد إحكامها حيث قضت بأن ((كون وزيرة التنمية الاجتماعية قد تشاورت مع وزير الداخلية ومدير المخابرات العامة ، وأنها أفصحت عن أنها تنوي حل الجمعية قبل إصدار قرار الحل ، لا يقوم دليل على أنها أساءت استعمال السلطة بل على العكس ، أنها تشاورت مع الجهات الإدارية الأخرى قبل التوصل إلى القرار الأخير ولا مانع قانونياً يمنعها من الاستعانة بالدوائر الأخرى لجمع الدلائل التي تثبت أن الجمعية قد خالفت القانون))[2].

---

[1] - قرار رقم 1798 لسنة 6ق – جلسة 1954/3/25 – سمير صادق – مرجع سابق – ص127.
[2] - عدل عليا – 12 / 1982- منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية .

الخاتمة

لقد أظهرت هذه الدراسةدى أهمية الاستشارة بوصفها إجراءً شكلياً يسبق اتخاذ القرار الإداري يحقق مصلحة الإدارة ومصلحة الأفراد على حد سواء. فهي تجنب الإدارة مغبة إصدار قرارات إدارية خاطئة أو غير ملائمة أو متسرعة ،عن طريق دراسة الموضوع المراد اتخاذ قرار بشأنه دراسة مستفيضة متأنية من قبل جهات متخصصة ذات خبرة . كما أنها تحقق في الوقت ذاته مصلحة الأفراد بوصفها ضمانة مهمة لصدور قرارات تراعي حقوق وحريات الأفراد.

ولقد تناول الباحث هذا الموضوع بدراسة مستفيضة ابتدأت ببيان ماهية وأهمية الاستشارة ، وصورها المختلفة ، وتمييزها عن غيرها من المفاهيم ذات العلاقة مثل التنسيب والتفسير والفتاوى ، ومن ثم التعريج على طبيعة القرار الاستشاري ومصادر الاختصاص الاستشاري وعناصره وانتهاءبالأحكام و الضوابط والقواعد المتعلقة بالرأي الاستشاري وخصوصاً تلك المتعلقة بالهيئات الاستشارية كاللجان والمجالس .

وقد توصل الباحث من دراسة الاستشارة على صعيد التشريع والقضاء والفقه الإداري الأردني والمقارن إلى جملة من النتائج نشير إليها فيما يلي:

1 – إن الرأي الاستشاري هو إجراء تمهيدي على جانب كبير من الأهمية بالنسبة إلى كافة أعمال الإدارة إلا أن البحث أظهر أهميتها في مجال القرارات الإدارية وذلك لتقيد الباحث بعنوان الدراسة ، وهذه الأهمية تبرز معالمها بشكل جلي سواء من خلال إصدار قرارات

إدارية سليمة قانوناً وواقعاً من جهة الإدارة ، وضمانة مهمة لحماية حقوق وحريات الأفراد من جهة أخرى ، وتوسعا مهما في مدارك وفنيات مصدر القرار الاداري

2 -إن للاستشارة صوراً ثلاث ، فهي إما أن تكون اختيارية أو إلزامية ، أو تؤخذ صورة الرأي الاستشاري الملزم وهذه الصور جميعاً تدخل ضمن عناصر ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري .

3 - إن الاستشارة تختلف عن كثير من المفاهيم التي قد تلتقي معها في بعض الاحكام وتختلف معها في احكام اخرى ، مثل التنسيب والفتاوى والتفسير رغم أن المشرع والقضاء في بعض الأحيان يستعمل هذه المصطلحات للدلالة على معنى واحد وقد أوضحنا وجوه الاختلاف من خلال البحث.

4 - إن ثمة عناصر للاختصاص الاستشاري يتعين مراعاتها من قبل كل من الجهة الاستشارية ذاتها ، والسلطة الإدارية طالبة الاستشارة ، وهي العنصر الشخصي، الموضوعي ، ألزماني والمكاني ، ومخالفة هذه العناصر من شأنها التأثير على سلامة الرأي الاستشاري وعلى مشروعية القرار الإداري الذي يستند إلى ذلك الرأي .

5 - إن مصادر الاختصاص الاستشاري يتمثل في التشريع بمراتبه المختلفة وهي الدستور والقانون العادي ، والنظام والتعليمات وكذلك العرف الإداري والمبادئ العامة للقانون على أن ذلك لا يمنع الإدارة أن تلجأ مختارة إلى الاستشارة حتى في غياب النصوص القانونية .

6 – إن الاستشارة قد تناط بجهات مختلفه كان تناط بفرد ، أو بهيئة سواء تمثلت في لجنة أو مجلس ، وفي هذه الحالة يتعين مراعاة المبادئ والقواعد العامة الضابطة لتشكيل وعمل اللجان الإدارية مع مراعاة طبيعة هذه الهيئات .

7 – ثار خلاف فقهي بصدد التكييف القانوني للاستشارة ، فقد ذهب جانب من الفقه إلى إن الاستشارة إجراء ذو طابع قضائي ، ويرى آخر أنه عمل إداري من جانب واحد ، وذهب رأي إلى القول بأن الرأي الاستشاري هو إجر اء تحضيري من الإجراءات الإدارية، وقد أيد الباحث الاتجاه الراجح فقهاً وقضاءً في كونها إجراءً تمهيدياً لا يرتب أي أثر قانوني لذلك فهي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري إلا بصورة غير مباشرة من خلال رقابته على القر ار الإداري النهائي الذي استند إلى تلك الاستشارة .

8 – لقد استقر القضاء الإداري الأردني و المقارن على أن الاستشارة في صورتها الملزمة ، والرأي الاستشاري الملزم ، إجراء شكلي جوهري يتعين استيفاؤه قبل صدور القرار الإداري ، وأن إهمالها من قبل جهة الإدارة أو الاستناد إلى رأي معيب في قرارها، من شأنه أن يؤدي إلى إلغاء ذلك القرار ، مع مراعاة ما استقر عليه هذا القضاء من التجاوز عن هذا الإهمال أو الخطأ ، إذا كان لدى الإدارة ما يبرره كحالات الاستحالة والظروف الاستثنائية .

وقد توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى جملة من التوصيات تتمثل في:

1 – دعوة المشرع الأردني إلى التوسع في الأخذ بالاستشارة الملزمة للإدارة ، وبخاصة القرارات التنظيمية ، كما ندعو الجهات الإدارية المختصة لإصدار القرار الإداري إلى التوسع

في طلب الرأي من قبل الهيئات الاستشارية قبل إصدار قراراتها مع مراعاة السرعة والمرونة في التعاطي مع العمل الإداري .

2 – إن الجهات الاستشارية تمارس من خلال عملها الاستشاري رقابة على عمل الجهات الإدارية المختصة باتخاذ القرار ، وهذه الرقابة تصنف ضمن الرقابة الداخلية ، أي التي تمارسها الإدارة على نفسها ، الأمر الذي يتطلب تحقيق استقلال الهيئات الاستشارية عن الجهات الإدارية التنفيذية بحيث لا تكون تلك الهيئات خاضعة لتأثيرات وأهواء الإدارة التنفيذية ، ولا شك أن ذلك يقتضي توفير الضمانات اللازمة لصحة وسلامة الرأي الاستشار ي من جهة ، ولاستقلال أعضاء الهيئات الاستشارية في أدائهم لواجباتهم من جهة أخرى ، ولعل من أهم تلك الضمانات ، الحياد ،الرد و التنحي ، تسبيب الرأي الاستشاري وعدم خضوع أعضاء الهيئات الاستشارية للسلطة الرئاسية للجهة الإدارية طالبة الاستشارة أو العكس.

3– ضرورة إصدار تشريع سواء في صيغة قانون أو نظام ، يضع قواعد عامة لتشكيل الهيئات الاستشارية، وتنظيم آلية عمل هذه الهيئات بما يحقق السرعة والكفاءة في عمل الإدارة ، ويحدد القيمة القانونية لما يصدر عنها من آراء ، وتحقيق منهجية شاملة في عملها ، فالملاحظ أن المشرع ينص في أغلب ألأحيان، على استشارة هيئة معينة ويسكت عن بيان التفاصيل وهو نقص لابد من معالجته .

4 – على المشرع الأردني أن يضع في اعتباره وضع قواعد قانونية تنظم آلية عمل استيفاء الاستشارة الإلكترونية في ظل سعي الحكومة الأردنية في الانتهاء من عمل مشروع الحكومة الإلكترونية، والاستفادة من خبرات الدول الرائدة في هذا المجال.

5 – إن ديوان التشريع والرأي هو أكبر جهة استشارية في الأردن وندعو المشرع إلى إعطائه دوراً أكبر في مجال العمل الاستشاري وذلك من خلال ضمه إلى كادر محكمة العدل العليا ليشكل جناح الفتوى والتشريع وتشكل المحكة الجناح القضائي وا إيجاد محكمة إدارية عليا ليتم التقاضي على درجتين وتسمية هذا التشكيل بجميع أجهزته بمجلس الدولة الأردني ، بحيث إن الدعوى تمر أولاً على ديوان التشريع والرأي ليبدي رأيه فيها ومن ثم يتم القرار بالنظر بها من قبل المحكمة .

6 – إيجاد محاكم إدارية في أقاليم المملكة المختلفة لتقوم بدورها المنوط بها بشكل أسرع وأيسر على الأفراد أصحاب المصلحة و إدارات قانونية تتبع ديوان التشريع والرأي تتوزع مع وجود هذه المحاكم.

تم بحمد الله

المصادر و المراجع

اولا : الكتب والرسائل والبحوث

- إبراهيم مصطفى – الوسيط – معجم لغوي – دار الدعوة – اسطنبول – 1989
- ابن منظور – لسان العرب المحيط – المجلد الثاني
- أحمد الغويري – القضاء الإداري الأردني – قضاء الإلغاء والتعويض – لم يذكر الناشر– 1997
- إدوارد عيد – القضاء الإداري – ج2 – مطبعة البيان – بيروت – 1975
- أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون– لم يذكر الناشر – 1974
- أحمد يسري – أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – منشأة المعارف – الإسكندرية
- الدايدموني مصطفى أحمد – الإجراءات والأشكال في القرار الإداري– دراسة مقارنة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – القاهرة
- بشار عبد الهادي – التفويض في الاختصاص – 1982 – لم يذكر اسم الناشر
- ثروت بدوي – تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية – ط2– دار النهضة العربية – 1970
- حنا إبراهيم نده – القضاء الإداري في الأردن – لم يذكر الناشر – 1979
- خالد سماره الزعبي – القرار الإداري بين النظرية والتطبيق – المركز العربي للخدمات الطلابية – عمان – 1993

- خالد عباس مسلم – المشورة الإدارية – دراسة مقارنة بالشورى في الشريعة الإسلامية – مكتبة الثقافة الدينية – بور سعيد– ط1 – 2001
- سامي جمال الدين – الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية – منشأة المعارف – الإسكندرية
- سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – دار الفكر العربي –ط 1996
- سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – ج1 – 1950 – دار الفكر العربي
- سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – دار الفكر العربي – ط3– 1963
- سليمان مرقص – المدخل للعلوم القانونية – لم يذكر الناشر – 1957
- سمير صادق – المبادئ العامة في القضاء المصري – دار الفكر الحديثة – دون سنة طبع – القاهرة
- شاب توما منصور – القانون الإداري – ج1 – 1970– لم يذكر الناشر
- شوقي حسين عبد الله – أصول الإدارة –دار النهضة العر بية – القاهرة – 1978
- صديق محمد عفيفي – المستشار الإداري معايير التأهيل والاعتماد– منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية – ط1981

- عبد العزيز خليفة – أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري – لم تذكر دار النشر – 2003
- عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – منشأة المعارف – الإسكندرية – 1996
- عثمان خليل – مجلس الدولة – مطبعة مصر – القاهرة – 1958
- علي خطار شطناوي – موسوعة القضاء الإداري – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2008
- عمار أبو حوش – الاتجاه الحديث للاستشارات – منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية – ط 1981
- عمر محمد الشوبكي – القضاء الإداري – دار الثقافة عمان – 2001
- فؤاد العطار – القضاء الإداري – دار النهضة – القاهرة – لم تذكر سنة النشر
- لويس معلوف – المنجد – دار المشرق– بيروت –1986– 1973
- محسن خليل– القضاء الإداري اللبناني – الدار الجامعية – بيروت – 1992
- محمد حبيب الثقافي – النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية – لم يذكر الناشر – المغرب – 1985
- محمود حلمي – سريان القرار الإداري من حيث الزمان – رسالة دكتوراه – لم يذكر الناشر – القاهرة – 1962
- محمد سعيد عبد الفتاح – الإدارة العامة – المكتب الحديث – القاهرة – 1971
- محمد شاكر عصفور – أسس الاستشارة الإدارية – لم يذكر الناشر – 1981

- محمد ماهر أبو العينين – أحكام وفتاوى مجلس الدولة بخصوص العاملين المدنيين بالدولة والهيئات العامة والقطاع العام والخاضعين لكادرات خاصة – الكتاب الثاني – 1999– لم يذكر الناشر
- محمد فؤاد عبد الباسط – القرار الإداري – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – 2000
- محمد فؤاد مهنا – القانون الإداري المصري – ج1 – السلطة الإدارية – 1958– لم يذكر الناشر
- محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – دار الفكر العربي – القاهرة
- محمود حافظ – القضاء الإداري – ج3– لم يذكر الناشر – 1966
- مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – ط3 – 1966– لم يذكر الناشر
- نجيب اسكندر إبراهيم – الاستشارة الإدارية في المجتمع العربي – منشورات المنظمة العربية للتنمية الاداريه – 1985
- نعمان الخطيب – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا في 25عاماً 1972– 1997– دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2001
- نعمان الخطيب – الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري – ط1– دار الثقافة – عمان – 1999

- نواف كنعان – القضاء الإداري – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2006
- نواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الأول – دار الثقافة – عمان– 2002
- نواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الثاني – دار الثقافة – عمان – 2006
- يوسف سعد ألخوري – القانون الإداري العام – ج2 – ط2– لم يذكر الناشر – 1998

ثانيا : الابحاث والرسائل

- الصادق حسين البهيليل – أثر الإجراءات التمهيدية في مشروعية القرار الإداري– رسالة ماجستير – 2003 – الجامعة الاردنيه
- حسني درويش – نهاية القرار الإداري عند غير طريق القضاء – رسالة دكتوراه – دار المعارف – 1981
- خالد الزبيدي – الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا – دراسة مقارنة – مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون – الجامعة الأردنية – العدد الثاني – 2008
- موسى شحادة – أهمية القواعد الشكلية والإجرائية في إعداد القرارات الفردية – بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك– تصدر عن جامعة اليرموك – المجلد 17 العدد الثاني – 2001
- مهند سعيد توفيق البشتاوي – عيب الشكل والإجراءات في القانون الإداري – رسالة ماجستير 1995 – الجامعة الأردنية

- ياسين كريم الحنفي – الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار – رسالة ماجستير غير منشورة – جامعة بغداد – 1990
- عمرو فؤاد أحمد بركات – السلطة التأديبية – رسالة دكتوراه –1979 – لم يذكر الناشر

ثالثا :الموسوعات القضائية ومجموعات الاحكام

- حمدي عكاشة – القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة – دار المعارف – الإسكندرية – 1987
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – اعداد المكتب الفني في مجلس الدولة المصري
- مجلة نقابة المحامين – إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنية – مطبعة الترقية – عمان

ABSTRACT

This study addresses the issue of consultation as a formality in making the administrative decision. Due to its importance, impact upon the legitimacy of administrative decisions and role as a basic guarantee of individuals' rights and freedoms, the study aims at digging deep into this issue with all its legal and technical aspects by shedding the light thereon in the context of both the Jordanian and comparative laws, using the administrative jurisprudence and judgments.

This study reveals what the concept of consultation is all about, its importance, indications and different forms. It also differentiates between consultancy and the convergent concepts as for indication and provisions.

The study further looks into the self-centered advisory opinion, its legal nature, its special elements and the administrative justice surveillance over the legitimacy of advisory opinions by reviewing and tackling the rules and regulations that should be taken into consideration in order to issue a legally and technically legitimate and valid advisory opinion. The study came up with some significant results and recommendations in the research area.